Ne bis in idem
bei Urteilen über fortgesetzte und Kollektivdelikte.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Helmut Peters
Referendar in Kaiserslautern

Approbiert am 29. Mai 1936

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1936

Referent: Univ.-Prof. Dr. Köhler.

Durch die Approbation der Arbeit nimmt die Fakultät
zu den geäußerten Ansichten keine Stellung.

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht:

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Leipzig 1934.

Barbarino: Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen, Diss. Würzburg 1902.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928 (Grundriß).
— in JW. 1925, S. 1010.
— in JW. 1931, S. 216.

Bennecke: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Breslau 1895.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Breslau 1900.

Berner A. F.: Non bis in idem, in Goltd. Arch., Band 3, S. 472.

Berner, Max.: Der Grundsatz ne bis in idem im Strafprozeß, Leipzig 1891.

Binding: Das rechtskräftige Strafurteil in seinen prozessuallen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen, in „Der Rechtsgang" 1914, Band 2.
— Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Band 2, München und Leipzig 1915.
— Handbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1885.
— Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. 1904.

Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

Bockshammer: Ueber die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts, Diss. Stuttgart 1896.

Buri, von: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Stuttgart 1879.

Debler: Gegenstand und Wirkungen der Rechtskraft im Strafprozeß, Tübinger Diss. 1933.

Doerr: Das fortgesetzte Delikt in „Der Gerichtssaal", Bd. 71, Stuttgart 1908.

Düwel: Der Grundsatz ne bis in idem im Strafverfahren, Rostock 1926.

Eichhorn: Non bis in idem und das Reichsgericht in GS., Bd. 38, S. 401.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1929.

Farnbacher: Der Begriff des sogen. fortgesetzten Verbrechens, Diss., Bayreuth 1896.

Feisenberger: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin und Leipzig 1926.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931.

Friedländer: Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, in GS., Bd. 58, S. 356.

Fuld: Ne bis in idem nach der Deutschen Strafprozeßordnung, JW. 1885, S. 2247.

Gerland: Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses in Bindings syst. Handb. der Deutschen Rechtswissenschaft, 1883.
— Der Verbrauch der Strafklage nach Deutschem Strafprozeßrecht, in Grünh. Ztschr., Bd. 12, S. 303.
— Das Verhältnis des Urteils zur Strafklage, in GS., Bd. 36, 1884.
— Relative Rechtskraft in Holtzd. Rechtslex., Bd. 3, S. 284, Leipzig 1881.

Heffter: Non bis in idem im Hinblick auf den Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1873.

Heinrich: Der Verbrauch der Strafklage bei Urteilen über Kollektiv- und fortgesetzte Delikte, Diss. Jena 1930.

Höpfner: Einheit und Mehrheit von Verbrechen, eine strafrechtliche Untersuchung, Bd. II, Berlin 1908.

Honig: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.

Iohn: Kommentar der Strafprozeßordnung, Erlangen 1888.

Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, München 1900.

Kohler: Der Begriff der fortgesetzten Missetat, in Goltd. Arch., Bd. 53, S. 153.

Kries, von: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.

Kroschel: Die Rechtskraft der Urteilsgründe, in GS., Bd. 53, S. 408.

Kurz: Die Rechtskraft im Strafprozeß, Heidelberger Diss. 1913.

Levis: Zur Theorie des Strafverfügungsverfahrens, in ZStW., Bd. 19, S. 319.

Lilienthal, von: Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten. Leipzig 1879.

Liszt, von: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Auflage, Berlin 1925.

Lobe=Ebermayer: Leipziger Kommentar, 4. Aufl. 1929.

Löwe=Rosenberg: Strafprozeßordnung, 18. Aufl., Berlin und Leipzig 1929, 19. Auflage, 1934.

Miederer: Die Rechtskraft im Strafprozeß, Erlanger Diss., Forchheim 1930.

Mittermaier: Gutachten über § 300 StGB. in ZStW., Bd. 31, S. 230.

Motive zum Entwurf der Strafprozeßordnung.

Meyer: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895.

Neumann: Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, Tübinger Diss.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1927.

Oster: Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozeß, Diss., Bremen 1912.

Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. 1884.
— Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1857.

Pfitzer: Ne bis in idem. Ein Rechtsfall, in GS., Bd. 40, 1888.

Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1929.

Schanze: Die Rechtskraft des Strafurteils, in ZStW., Bd. 4, S. 437.

Savigny, von: System des heutigen Römischen Rechts. Leipzig 1851.

Stenglein: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Stuttgart 1889.

Ullmann: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.

I. Abschnitt – Grundbegriffe:

§ 1.

Begriff der Rechtskraft.

In den meisten geordneten Rechtssystemen gilt mit mehr oder minder großen Durchbrechungen der Grundsatz, daß die richterliche Gewalt im Staate sich nur einmal mit derselben Sache befaßt [1]). Dieser Grundsatz hat auch im deutschen Strafprozeßrecht unbestrittene Geltung, und zwar dergestalt, daß, wenn gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, eine neue Strafverfolgung gegen dieselbe Person wegen derselben strafbaren Handlung nicht stattfinden darf [2]).

In Rechtskraft ist eine Entscheidung dann erwachsen, wenn sie durch kein Rechtsmittel mehr angefochten werden kann. Man versteht demnach unter Rechtskraft einer Entscheidung diejenige Eigenschaft, nach der sie unabänderlich und unumstößlich ist, und zwar sowohl seitens des Gerichts als auch seitens der Partei [3]). Der Zweck des Prozesses ist ja die Feststellung und Begrenzung des staatlichen Strafanspruches im konkreten Fall. Es muß nun einmal von einem bestimmten Zeitpunkt an die Fortsetzung des Prozesses ausgeschlossen sein. Das liegt nicht nur im Interesse des Staates, dessen Richtersprüche sonst bezüglich ihrer Autorität Schaden leiden würden, sondern auch im Interesse des Verurteilten, über dem immer das Damoklesschwert erneuter Verfolgung hinge. Erst wenn alle Instanzen erschöpft sind oder wenn die Frist, an welche die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels gebunden ist, ungenutzt blieb, wenn von beiden Seiten auf Anfechtung wirksam verzichtet oder das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen ist, dann erwächst die Entscheidung in Rechtskraft: auctoritas rei iudicatae.

Rechtskraft ist demnach die Maßgeblichkeit einer Entscheidung des Richters, gleichgültig ob sie richtig oder unrichtig ist. Die Frage nach der Uebereinstimmung von Urteil und angewandtem Rechtssatz ist mit der Rechtskraft für immer ausgeschlossen.

Von der Rechtskraft scharf zu unterscheiden sind die ihr verwandten Begriffe: Unwiderruflichkeit, Unanfechtbarkeit und Vollstreckbarkeit.

Was zunächst den Begriff der Unwiderruflichkeit betrifft, so besagt er, daß das Gericht den von ihm in der Entscheidung zum Ausdruck gebrachten

---

1) Planck, Rechtsstreitigkeiten S. 3, 25. 538.
2) RG. 9, S. 324; Dümel a. a. O. S. 7.
3) Kurz, a. a. O., S. 13.

Willen nicht mehr zurücknehmen oder abändern kann[4]), sofern er nach außenhin kundgetan ist. Vorher handelt es sich lediglich um Interna des Gerichts, die jederzeit zurückgenommen werden können. Mit der Rechtskraft verglichen ergibt sich, daß die Unwiderruflichkeit eine Voraussetzung dieser ist.

Eine gerichtliche Entscheidung kann auch abgeändert werden auf Grund eines prozessualen Angriffes der daran Beteiligten. Ist die Möglichkeit der Abänderung durch Einwirkung der Parteien ausgeschlossen, so spricht man von Unanfechtbarkeit einer Entscheidung. Die Entscheidung ist gegen jeden Angriff seitens der Parteien widerstandsfähig[5]), der Ausspruch des Gerichts ist nun nicht mehr aus der Welt zu schaffen. Daraus folgt, daß auch die Unanfechtbarkeit wie die Unwiderruflichkeit eine Voraussetzung der Rechtskraft, sozusagen in dieser enthalten ist.

Eine Entscheidung des Gerichts ist nicht bloß ein von der Staatsbehörde erteiltes Rechtsgutachten, sondern wurde zu dem Zwecke ins Leben gerufen, daß ihr Inhalt zur Verwirklichung gelangt. Nötigenfalls muß der Staat mit Gewalt die Betroffenen dazu bringen, sich so zu verhalten, wie es das Urteil festgestellt hat. „Die Vollstreckbarkeit bezeichnet dem Namen nach den Zeitpunkt, in welchem die zur Realisierung des Urteilsinhalts berechtigte Behörde die Vollstreckbarkeit beginnen darf“[6]). Vollstreckbarkeit wurde früher vielfach für die einzige Funktion des Urteils erklärt und dem Begriff der Rechtskraft gleichgesetzt. Vollstreckbarkeit ist aber nicht Rechtskraft, denn sie kann ohne Rechtskraft und diese ohne Vollstreckbarkeit sein.

Es gibt Entscheidungen, die nicht rechtskräftig und doch vollstreckbar sind. Es gibt andererseits Entscheidungen, die nicht vollstreckbar, aber doch rechtskräftig sind, z. B. ein Urteil, das eine absolutio ab instantia ausspricht[7]).

§ 2.

Der Grundsatz ne bis in idem.

Man unterscheidet herkömmlicherweise zwischen formeller und materieller Rechtskraft[1]) [2]).

Die formelle Rechtskraft liegt dann vor, wenn ein Urteil mit Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann[3]). Dieser Zeitpunkt tritt für jedes Urteil einmal ein — ausgenommen der Fall, daß der Verurteilte zwischen Verkündung des Urteils und Ablauf der Rechtsmittelfrist stirbt. Die formelle Rechtskraft äußert sich darin, daß im Rahmen desselben Verfahrens nicht mehr weiter prozessiert werden darf, sie ist „die Widerstandskraft der Entscheidung gegen prozessuale Angriffe“[4]). Dagegen vermag sie

---

4) Birkmeyer, a. a. O. S. 482.
Barbarino, a. a. O. S. 4.
5) Bennecke, a. a. O. S. 705.
6) Planck, Systematische Darstellung S. 621.
7) Miederer, S. 11.

1) Bennecke-Beling, S. 407 ff; Birkmeyer, S. 675; Gerland, S. 294; Kurz, S. 15 ff; Barbarino, S. 23 ff.
2) A. A. Binding, Abh. II S. 311, der diesen Unterschied vermieden haben will.
3) Birkmeyer, S. 432.
4) Bennecke, S. 705; Barbarino. S. 24.

nicht zu verhindern, daß in einem neuen Prozeß eine widersprechende Entscheidung erzielt wird. Hier greift die materielle Rechtskraft ein.

Unter materieller Rechtskraft ist also die Unabänderlichkeit einer Entscheidung in einem anderen Prozeß zu verstehen. Ihr Verhältnis zur formellen Rechtskraft tritt darin hervor, daß die letztere die Voraussetzung der ersteren bildet. Es ist eine logische Schlußfolgerung, daß nur eine Entscheidung, welche für den einzelnen Prozeß als unabänderliche Richtschnur zu gelten hat, darüber hinaus in weiterem Umfang Wirkung auszuüben vermag [5]). Dagegen stellt die materielle Rechtskraft nicht eine notwendige Folge der formellen dar, denn es gibt richterliche Entscheidungen, die zwar formell rechtskräftig werden, nicht aber auch der materiellen Rechtskraft fähig sind.

Die materielle Rechtskraft macht die Entscheidung zur endgültigen, nicht nur im einzelnen Prozeßverfahren, sondern in der betreffenden Rechtssache überhaupt [6]).

Sie erscheint positiv rechtlich in zwei Formen: Als positive und negative Rechtskraftwirkung [7]).

Bleibt ein neues Verfahren zulässig, so kann der Entscheidung Maßgeblichkeit für den Inhalt des in dem neuen Verfahren zu fällenden Urteils zukommen. Diese bindende Kraft des Urteilsinhaltes wird als positive Funktion der materiellen Rechtskraft bezeichnet [8]).

Die Wirkung der materiellen Rechtskraft besteht, wie bereits hervorgehoben, darin, daß wegen des abgeurteilten Tatbestandes ein neues Strafverfahren nicht eingeleitet werden kann. Würde dies doch geschehen, so stände einer neuerlichen Aburteilung die exceptio rei iudicatae entgegen und es müßte das zweite Verfahren eingestellt werden. Man bezeichnet diese Wirkung als negative Funktion der materiellen Rechtskraft, den Grundsatz: ne bis in idem.

Nach Ansicht des Reichsgerichts [9]) hat der Grundsatz ne bis in idem eine Doppelnatur, er gehöre nicht nur dem Prozeßrecht, sondern auch dem materiellen Strafrecht an: er betrifft nicht nur ein Prozeßhindernis, sondern verleiht auch ein materielles Schutzrecht gegen die Verhängung einer zweiten Strafe wegen derselben Straftat.

§ 3.

Die Anerkennung des Grundsatzes im geltenden Recht.

Der Grundsatz ne bis in idem, der schon vor Einführung der Strafprozeßordnung im größten Teil Deutschlands geltendes Recht war, findet sich in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich. Jedoch lassen die Motive zu §§ 223 des jetzigen 264 und 337, des jetzigen 375 des Entwurfes erkennen, daß seine Anwendung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Dort heißt

---

5) Barbarino, S. 25.
6) Debler, S. 3.
7) Beling, Deutsches Strafprozeßrecht S. 266.
8) Debler, S. 3.
9) RG. 35 S 370; 41 S. 153; 43 S. 61; Löwe-Rosenberg, S. 406. Eine gegenteilige Ansicht, daß die Rechtskraft ein Prozeßhindernis sei, s. Gerland, S. 435, Anm. 18.

es: „Es muß ..... um für die Fälle, in denen die mündliche Verhandlung neue Gesichtspunkte oder neue Tatumstände ergibt, eine dem Recht entsprechende Entscheidung zu sichern, entweder eine Anklageänderung innerhalb des anhängigen Prozesses gestattet, oder es muß — entgegen dem Grundsatz ne bis in idem — für zulässig erklärt werden, daß ein und dieselbe Tat, ein und derselbe Vorgang wiederholt zum Gegenstand einer Anklage gegen dieselbe Person gemacht werde. Letzteres wird von keiner Seite ohne Einschränkung befürwortet werden"[10]. Und weiterhin: „Ist die Privatklage von einem dazu Berechtigten erhoben worden, so erscheint es ebensowenig statthaft, daß andere gleichfalls zur Klage Berechtigte hiedurch von der Wahrnehmung ihrer Befugnisse ausgeschlossen werden, als daß der Beschuldigte wegen einer und derselben Tat im Widerspruche mit dem Grundsatz ne bis in idem mehreren gleichzeitigen oder aufeinanderfolgenden Untersuchungen ausgesetzt werde"[11].

Das Reichsgericht insbesondere äußert sich zu dieser Frage folgendermaßen: „Nach den Motiven zur StPO. beruhen die Vorschriften der §§ 263, 264 StPO. gerade auf dem Zwecke, die Anwendung jenes Grundsatzes zu ermöglichen und es auszuschließen, daß ein und dieselbe Tat, ein und derselbe Vorgang wiederholt zum Gegenstande einer Anklage gegen dieselbe Person gemacht werde. Der Grundsatz reicht danach soweit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte"[12].

Wir ersehen aus diesen Stellen, daß der Gesetzgeber den Grundsatz der Rechtskraft als ein gewissermaßen selbständiges Element des Strafprozesses betrachtet.

Die Bedeutung der Motive ist nun allerdings nicht unbestritten, aber wenn sie auch selbst keine Gesetze darstellen, so dürften sie doch für die Auslegung von großem Wert sein.

Außerdem ist die Anerkennung des Grundsatzes ne bis in idem auch aus der Strafprozeßordnung zu ersehen: Nach § 260 StPO. darf das Urteil, von der Einstellung abgesehen, nur auf Verurteilung oder Freisprechung schlechthin lauten, nicht aber auf vorläufige Freisprechung oder Lossprechung von der Instanz. § 264 verlangt von dem erkennenden Gericht, daß die unter Anklage gestellte Tat nach der tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite so erschöpfend wie möglich zu prüfen ist; diese Vorschrift würde ihren Sinn verlieren, wenn eine nochmalige Aburteilung der Tat zulässig wäre. Max Berner betrachtet diese Möglichkeit der vollständigen Prüfung der abzuurteilenden Tat als einzige Grundlage der Rechtskraft.

Würde außerdem das Gesetz das Institut der Rechtskraft nicht kennen, so hätte es der Vorschrift des § 265, der die Klageänderung behandelt, nicht bedurft. Vielmehr ist das Recht der Anklageänderung erst recht verständlich in Verbindung mit dem Institut der Rechtskraft[13]. Ferner: der Umstand, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens nur unter ganz bestimmten, vom Gesetz eigens aufgeführten Voraussetzungen zulässig ist, zeigt deutlich, daß

---

[10]) Motive, S. 191.
[11]) Motive, S. 221.
[12]) RG. 20, S. 80.
[13]) Kurz. S. 13.

der Gesetzgeber an der Rechtskraft des Urteils festgehalten haben will und eine Durchbrechung des Rechtskraftgedankens nur ausnahmsweise zur Ausgleichung des formalen Rechts mit der materiellen Gerechtigkeit zuläßt [14]).

§ 4.

Der Rechtsgrund des Grundsatzes ne bis in idem.

Nach Binding [1]) ist die Anerkennung der Rechtskraft ein Anwendungsfall des großen staatsrechtlichen Grundsatzes der Einmaligkeit definitiver Staatsakte [2]).

Man kann wohl den Grundsatz ne bis in idem als einen nahezu allgemein anerkannten Satz des Universalrechts bezeichnen und doch gehen die Meinungen über seinen wahren Grund auseinander. Dieser Grundsatz ist die in Erscheinung tretende materielle Rechtskraft und nachdem diese die formelle Rechtskraft zur Voraussetzung hat, ist die Frage nach dem Rechtsgrund des Grundsatzes ne bis in idem eine Frage nach dem Grund der Rechtskraft allgemein. Drei Theorien werden vertreten.

1. Die sogenannte Fiktionstheorie.

Indem man in einseitiger Betonung des Prinzips der materiellen Wahrheit daran festhielt, daß dem Urteil nur im Falle der Uebereinstimmung mit Wahrheit und Recht volle Rechtsgültigkeit zukommen könne, kam man dazu, diese Uebereinstimmung für diejenigen Fälle, in welchen das Urteil mit dem objektiven Recht nicht in Einklang stand, in künstlicher Weise herzustellen [3]), es wurde eine praesumtio iuris et de iure für die Wahrheit des Urteilsinhaltes aufgestellt. Diese Lehre gelangte durch Savigny [4]) zur Herrschaft, der lehrt, die Rechtskraft des Urteils sei nichts anderes als die Fiktion der Wahrheit, wodurch das rechtskräftige Urteil „gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert“ werde. Levis [5]) formuliert dies dahingehend: Was der Staat durch den Mund seines Richters als Rechtszustand festgestellt hat, ist als unbedingt richtig anzusehen. Nach Birkmeyer [6]) enthält die Eigenschaft der Rechtskraft eine Fiktion, die nicht den Grund, aber eine Wesenheit der Rechtskraft bilde.

Die Folge dieser Fiktionstheorie, die heute allgemein abgelehnt wird, wäre, daß der spätere Richter an die frühere Auslegung des Richters gebunden ist. Diese Bindungswirkung besteht jedoch nicht. Die rechtskräftige Erledigung schließt zwar eine nochmalige Verfolgung wegen derselben Tat aus, dies hindert jedoch nicht, daß der spätere Richter diese Tat als Beweismoment für eine andere Tat in Betracht zieht und dabei zu einer abweichenden Beurteilung jener früheren Tat gelangt [7]).

---

14) v. Kries, S. 594; ebenso Schanze, S. 453; Birkmeyer, S. 682.
1) Binding in der „Rechtsgang“ 1914 II, S. 3.
2) Zustimmend v. Beling, Grundriß, S. 266 Anm. 1.
3) Vgl. Barbarino, S. 11.
4) Savigny, S. 261.
5) Levis, S. 368.
6) S. 674.
7) RG. 33/303; Löwe-Rosenberg, S. 406; Düwel, S. 23; Barbarino, S. 13.

2. Die sogenannte Billigkeitstheorie[8].

Sie sieht den Grund der Rechtskraft in der Billigkeit, d. h. es dürfe nicht zugelassen werden, „daß derselbe Mensch wegen derselben Sache in die ohnehin gedrückte und bedauernswerte Stellung eines Angeklagten nochmals versetzt werde"[9]. Wenngleich historisch der Gedanke der persönlichen Freiheit gegenüber behördlicher Willkür sicherlich eine bedeutsame Rolle spielte, so ist doch die Anerkennung der Rechtskraft nicht aus Erwägungen der Billigkeit hervorgegangen, weil gerade die Billigkeit verlangen würde, daß eine Tat nochmals zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werde.

V. Kries[10]), der als einer der ersten gegen die Billigkeitstheorie polemisierte, macht geltend, daß jede auf dem strengen Recht aufgebaute Gesetzgebung unbedingt an dem Prinzip der Rechtskraft festhält und daß nicht der Grundsatz der Rechtskraft, sondern die Ausnahme von demselben, nämlich die im Gesetz für zulässig erklärten Fälle für Wiederaufnahme des Verfahrens aus Erwägungen der Billigkeit hervorgegangen sind.

Vereinzelte Vertreter der Billigkeitstheorie haben den inneren Grund der Rechtskraft ausschließlich in der Billigkeit gesehen[11]), die meisten[12]) haben auch staatsrechtliche und rechtspolitische Gründe als für die Anerkennung der Rechtskraft maßgebend erachtet.

3. Rechtspolitische Begründung.

Diese gegenwärtig herrschende Lehre[13]) sieht den Zweck der Rechtskraft darin, daß eine Rechtssache ihre endgültige Erledigung erfährt, die jede Wiederholung und Fortsetzung des Streites ausschließt und in der Unabänderlichkeit der Entscheidung über den Strafanspruch, den der Staat aus einer bestimmten Tat gegenüber einem bestimmten Angeklagten geltend macht.

Binding[14]) betrachtet den inneren Grund der Rechtskraft nur vom rein staatsrechtlichen Gesichtspunkt aus und erkennt darin nur einen Anwendungsfall des staatsrechtlichen Grundsatzes der Einmaligkeit definitiver Staatsakte, auch „geizt der Staat mit seiner Aktion, weil sie Akt höchster Autorität ist"[15]).

Schanze[16]) formuliert diese Lehre dahin: „Alleiniger Grund und Zweck des Institutes der Rechtskraft ist die Erhaltung der Rechtsordnung und Rechtssicherheit".

Diese Ansicht scheint auch dem Willen des Gesetzgebers wohl am nächsten zu kommen; denn der Zweck des Prozesses besteht ja darin, daß eine Rechtssache ihre endgültige Erledigung erfährt und jede Fortsetzung oder Wiederholung des Streites ausgeschlossen wird[17]). Der Staat hat zwar ein Inter-

---

8) Vgl. d. Ausf. Barbarino, S. 13 ff.
9) Glaser in Grünhuts Ztschr., S. 306; Eichhorn, S. 406; Berner A. in Goldt. Arch. 3/474.
10) S. 594.
11) wie z. B. Hefter, S. 15.
12) Glaser in Grünh. Ztschr. u. Berner A. in Goldt. Arch.
13) Schanze, S. 451 ff, 486; Ullmann, S. 626 ff; Bennecke, S. 704; v. Kries, S. 593 ff; Kroschel S. 409.
14) in der „Rechtsgang" 1914 Bd. II S. 3.
15) Binding, a. a. O., S. 24.
16) S. 452.

esse daran, daß die Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten festgestellt wird, er hat aber auch ein Interesse daran, daß eine sichere Beziehung zu seinen Untertanen bezüglich seines Strafrechts hergestellt wird. Hierbei muß das Prinzip der materiellen Wahrheit hinter den Staatszweck der Rechtssicherheit zurücktreten. Um aber allzugroße Härten zu vermeiden, wurde die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten in besonderen Fällen vorgesehen, welche eine Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten der materiellen Wahrheit darstellt.

§ 5.

Das fortgesetzte und das Kollektivdelikt.

Bei dem fortgesetzten und Kollektivdelikt handelt es sich nicht wie gewöhnlich bei den Tatbeständen des Strafgesetzbuches um eine einzige Handlung, sondern um eine Mehrheit natürlicher Handlungen, die bezüglich der Strafzumessung zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt sind. Diese Auffassung von der Verbrechenseinheit der genannten Delikte hat in Literatur [1]) und Praxis allgemeine Anerkennung gefunden. Die eigenartige Bildung des Tatbestandes dieser Delikte ergibt mancherlei Schwierigkeiten für die Bestimmung des Umfanges, in dem die Strafklage durch ein rechtskräftiges Urteil über solche Delikte verbraucht wird. Im Rahmen dieser Arbeit ist eine eingehende Behandlung der beiden Begriffe nicht erforderlich, es wird ihr im allgemeinen die Ansicht des Reichsgerichts zugrunde gelegt.

Obwohl das Gesetz selbst das fortgesetzte Delikt nicht kennt, haben Literatur und Judikatur doch die Einheitlichkeit der im Fortsetzungszusammenhang begangenen Tat fast [2]) allgemein anerkannt.

Der Begriff ist eine Schöpfung der Rechtsprechung [3]) und besonders prozessualen Erfordernissen hat er seine Entstehung zu verdanken. Natürlich hat er nur insoweit Existenzberechtigung, als der Begriff der natürlichen Handlungseinheit nicht zutrifft [4]).

Ein fortgesetztes Delikt liegt noch nicht vor, wenn der Täter fortgesetzt dasselbe Verbrechen begeht; es liegt selbst dann nicht vor, wenn er fortgesetzt dasselbe Verbrechen gegen dieselbe Person begeht. Noch weniger kann von einem fortgesetzten Delikt gesprochen werden, wenn der Täter überhaupt fortgesetzt irgendwelche Verbrechen begeht. Vielmehr wird das fortgesetzte Delikt nach Ansicht des Reichsgerichts dadurch charakterisiert, daß der Täter aus einheitlichem Vorsatz heraus durch gleichartige Einzelakte ein einheitliches Rechtsgut verletzt. Die einzelnen Tätigkeitsakte, die an sich selbständig den jeweiligen Deliktstatbestand erfüllen, bilden eine Einheit und werden unselbständig.

---

17) Ullmann, S. 627; v. Kries, S. 593.

1) Vgl. die bei Allfeld, S. 234 Anm. 7 und S. 236 Anm. 20 und Frank, S. 240 angef. Literatur.

2) Abgelehnt wurde der Begriff des fortges. Delikts durch v. Buri, S. 115 ff.

3) RG. 41/102; 48/186; 51/308; 55/134 usw.

4) Frank, S. 238; Honig, S. 62.

Von der Einheitlichkeit des Vorsatzes unterscheidet das Reichsgericht den „im voraus gefaßten Entschluß, nach und nach mehrere selbständige Straftaten zu begehen“ [5]).

Gleichartigkeit der Einzelakte: dazu gehört die Richtung gegen dasselbe Rechtsgut und Interesse [6]). Dies folgt aus dem oben Gesagten, weil der Vorsatz bei Verschiedenheit der Rechtsgüter, gegen die sich die Einzelakte richten, nicht als einheitlich aufgefaßt werden kann.

Einheitlichkeit des Zweckes begründet dagegen kein fortgesetztes Delikt [7]). Der Annahme eines fortgesetzten Delikts steht die Verschiedenheit der Träger des verletzten Rechtsgutes nur dann entgegen, wenn es sich um höchstpersönliche Rechtsgüter handelt [8]). Zur Gleichartigkeit der Einzelakte gehört ferner, daß sie gegen dasselbe Verbot verstoßen, selbst wenn dieses in verschiedenen Strafgesetzen mit Strafe bedroht ist.

Manche Autoren verlangen noch weitere Voraussetzungen, so z. B. Frank [9]), noch die Benutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses.

Als juristische Handlungseinheit wird weiterhin das Kollektivdelikt aufgefaßt. Sein Wesen besteht darin, daß verschiedene Einzelhandlungen, weil sie Ausfluß der gleichen Lebensrichtung [10]) sind, zu einer Einheit verbunden werden. Im Gegensatz zum fortgesetzten Delikt finden wir den Begriff des Kollektivdelikts im Gesetz selbst, und zwar dann, wenn die Art der Begehung auf eine Gewerbsmäßigkeit, Gewohnheitsmäßigkeit oder Geschäftsmäßigkeit schließen läßt, wobei die Strafbarkeit hierdurch begründet oder erhöht wird [11]).

Bei Gewerbsmäßigkeit liegt die Absicht vor, sich durch bestimmte wiederholte Handlungen eine — wenn auch nicht dauernde — Einnahmequelle zu verschaffen [12]). Diese Absicht kann der Richter schon aus einer Einzelhandlung schließen, es ist also nicht erforderlich, daß mehrere Handlungen begangen worden sind [13]).

Gewohnheitsmäßigkeit bedeutet einen durch Uebung entwickelten fortwährenden Hang zur fortgesetzten Begehung der Tat [14]); hier müssen mindestens zwei Einzelhandlungen begangen worden sein [15]). Liegen mehrere Handlungen vor und wird die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit bejaht, so können die Einzelhandlungen auch ein fortgesetztes Delikt bilden [16]) Die Geschäftsmäßigkeit ist ebenfalls ein Handeln mit der Bereitschaft der Wiederholung, und zwar unter Aufwand von Zeit und Mühe [17]). Die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehört nicht zum Begriff [18]).

---

5) ebenso Lobe, S. 78; Döerr, S. 94; dageg. Honig, S. 123 ff.
6) RG. 51/308; Frank, S. 239.
7) RG. 45/70; 51/4.
8) Vgl. RG. 53/274; 57/140.
9) S. 240.
10) Frank, S. 237.
11) Vgl. StGB. §§ 284; 361 Ziffer 6; 150; 144; 180; 260; 294; 302 d.
12) RG. 66/21. 58/19.
12) RG. 66/21; 58,19.
13) RG. 12/391; Frank, S. 238.
14) RG. 59/143.
15) RG. 58/24.
16) Vgl. RG. 56/326.
17) Olshausen, § 144, Nr. 1; Frank, S. 238.
18) v. Lißzt, § 53, III 2.

Beiden Deliktstypen, dem von der Wissenschaft und Praxis gebildeten fortgesetzten Delikt und dem gesetzlich anerkannten, wenn auch nicht definierten Kollektivdelikt, ist also gemeinsam: die an sich selbständigen Handlungen werden ihrer Selbständigkeit entkleidet und bilden in ihrem Zusammenschluß eine juristische Einheit. Diese juristische Handlungseinheit berechtigt dazu, aus dem Gesetz herauszulesen, daß fortgesetztes und Kollektivdelikt nur mit einer Strafe belegt werden dürfen, als wäre es eine einzige Handlung.

§ 6.

Der Begriff der „Tat".

Wenn in einem neu eingeleiteten Verfahren der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache erhoben wird, so muß zu seiner Begründung zwischen der abzuurteilenden Tat und der dem früheren Urteil zugrunde liegenden Identität bestehen [1]).

Da Identität objektive und subjektive Identität voraussetzt, so bedeutet das zunächst, daß die erneute Strafverfolgung sich gegen dieselbe Person richten muß. Hierbei ergeben sich für die zu behandelnde Frage keine erheblichen Besonderheiten. Schwieriger ist die Abgrenzung bei der objektiven Identität, d. h. wenn Gegenstand eines neuen Urteils und eines neuen Strafverfahrens dieselbe Tat ist. Was im einzelnen Falle „Tat" bedeutet, wird in der Strafprozeßordnung nicht näher umrissen. Dagegen beantwortet sich an Hand des materiellen Strafrechtes, welche Einzeltatsachen zusammengehörend die in Betracht kommende strafbare Handlung bilden.

Einfach ist die Rekonstruktion der „Tat" für den Richter, wenn es sich um ein ein-aktisches Delikt handelt, z. B. bezeichnet die Anklage als „Tat": A habe den X mit einer Hand verletzt [2]). Diese Tat wird der Richter unter den Begriff der Körperverletzung bringen. In der Hauptverhandlung stellt sich indessen heraus, daß A die Tat nicht mit einer, sondern mit zwei Händen begangen hat. Eine natürliche Handlungseinheit ist hier vielleicht nicht mehr gegeben, sondern nur eine begriffliche Tateinheit. Es ist klar, daß hier nicht zwei Körperverletzungen vorliegen, sondern nur eine. Denn „hier ist die Tateinheit nichts anderes als eine derart auseinandergezogene, verstärkte Tatbestandsmäßigkeit, daß das Auseinanderfallen der Handlungen als unwesentliche Verschiebung erscheint" [3]). Schwieriger gestaltet sich die Rekonstruktion der „Tat" schon bei dem sogenannten zusammengesetzten Delikt, z. B. beim Raub, welcher sich als ein Freiheits- und ein Vermögensdelikt darstellt. Wird hier die strafbare Handlung nur als Wegnahme einer fremden beweglichen Sache bezeichnet, während sie ein Raub ist, so müßte der Richter an Hand der vom Gesetzgeber aufgestellten Normen die bezeichnete Tat nicht unbedingt unter „Raub" subsumieren. Dem Dieb könne nur die Wegnahme nachgewiesen werden, er sei also nur wegen Wegnahme

---

1) Gerland, S. 434, 435.
2) Neumann, S. 17.
3) Neumann, S. 17.

einer fremden beweglichen Sache, wegen Diebstahls, zu verurteilen. Eine Gewaltanwendung bei der Wegnahme stehe hier nicht zur Verurteilung, sondern bildet den Gegenstand eines zweiten Prozesses. Gegen diese Auffassung kann jedoch geltend gemacht werden, daß dann die in Wahrheit strafbare Tat überhaupt nicht abgeurteilt worden ist, weil sie ja sonst als Raub hätte bestraft werden müssen, daß also nur ein Teil der Handlung abgeurteilt worden ist. Das wäre dasselbe, als wenn der Richter in dem ersten Beispiel eine Körperverletzung mit einer Hand abgeurteilt hätte, bewußt unterscheidend zwischen Körperverletzung mit einer Hand bzw. zwei Händen. Noch weniger naheliegend ist der Nachweis, daß sich die begangene „Tat" mit der im Eröffnungsbeschluß genannten in Uebereinstimmung befindet, in den Fällen der Idealkonkurrenz. Ein Reihe von Schriftstellern, besonders Binding[6]), stehen auf dem Standpunkt, daß mehrere Delikte stets auch eine Mehrheit von Handlungen im rechtlichen Sinn bilden.

In den bisher erwähnten Fällen lag eine natürliche Handlungseinheit vor, bei der die Abgrenzung der „Tat" für den Richter verhältnismäßig leicht ist. Beim fortgesetzten und Kollektivdelikt jedoch, wo mehrere an sich selbständige Handlungen ihrer Selbständigkeit entkleidet werden und in ihrem Zusammenschluß eine juristische Einheit bilden, genügt es nicht, mit materiell rechtlichen Erörterungen den Tatbegriff zu klären und abzugrenzen. Vielmehr hat hier eine strafprozessuale Untersuchung einzusetzen über das, was unter „Tat" zu verstehen ist.

§ 264 StPO. lautet:

„Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden."

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, daß mit der „Tat" lediglich die Handlung des Angeklagten, die nackten Tatsachen gemeint seien. Allerdings finden wir in verschiedenen Reichsgerichtsentscheidungen[7]) und bei einer Reihe von Autoren[8]) diesen Standpunkt. So führt das Reichsgericht[9]) aus: „Nicht so ist die Tat beschaffen, wie sie sich der Richter vorgestellt, sondern wie sie sich wirklich ereignet hat, kann sie vor Gericht gezogen werden, nicht aber in der Gestalt, in welcher der Richter sie aus tatsächlichem oder rechtlichem Irrtum zu erkennen glaubte. Das historische Vorkommnis also, das konkrete Tun des Beschuldigten, ist Gegenstand der Urteilsfindung."

Diese Auffassung ermangelt jedoch des deliktischen Moments. Die „Tat" wird nur als historisches Vorkommnis gesehen ohne strafrechtliche Wertung.

Mit Recht wendet sich hiergegen Neumann[10]), der ausführt: Drei Gründe sprächen gegen die Auffassung vom historischen Vorkommnis. Einmal könne das historische Vorkommnis (in der Anklage) unter Umständen nur Teile eines solchen schildern, die allerdings, jeder für sich betrachtet, ein

---

6) Hdb. I, S. 566.
7) RG. 9/420; 11/165; 15/9.
8) Löwe StPO. S. 591; Birkmeyer, S. 684; u. a.
9) RG. 13/147.
10) S. 20 ff.

historisches Vorkommnis darstellen. Wenn man nun wirklich die Lehre vom historischen Vorkommnis durchführen würde, so müsse man eine Verurteilung allein von einigen Teilen, z. B. eines gewerbsmäßigen Delikts, für ausreichend halten; denn jeder stelle, für sich betrachtet, ein historisches Vorkommnis dar, das jetzt zum Gegenstand des Urteils gemacht werde. Das bezeichnete historische Vorkommnis der Anklage würde — obwohl wesentliche Teile der materiellen Handlungseinheit fehlten — völlig identisch mit dem historischen Vorkommnis des Urteils sein.

Andererseits sei der Begriff sehr verschwommen, da er, für sich betrachtet, keinerlei Abgrenzung für den Richter bildet. Zu dem historischen Vorkommnis sei soviel strafrechtlich völlig Irrelevantes hinzuzurechnen, was in einem Prozeß niemals interessieren könne, nicht nur strafrechtlich unbedeutende Nebenumstände, sondern auch Umstände der Außenwelt, Beziehungen des Täters.

Endlich könne das historische Vorkommnis völlig frei erfunden sein, eine Nichttat bezeichnen. Statt einer Freisprechung müßte Einstellung des Verfahrens erfolgen, da Freisprechung nur bei einem Gegenstand der Urteilsfindung möglich ist. Das Gericht könne nicht freisprechen, denn ein freisprechendes Urteil setzt notwendig eine „Tat" (das würde ein historisches Vorkommnis sein) voraus, welche Gegenstand des Urteils sei. Das Gericht könne also nur die Anklage für nichtig erklären oder das Verfahren einstellen. Aber gerade hier, wo die „Tat" völlig frei erfunden sei, erwarte man doch wohl einen Freispruch.

Aus diesen Erwägungen heraus ist also die Ansicht, daß lediglich das historische Vorkommnis Gegenstand der Urteilsfindung sei, abzulehnen.

Eine andere Meinung sieht den Prozeßgegenstand in dem geltend gemachten Strafrecht.

Einen besonderen Standpunkt nimmt hier Binding[11]) ein, der erklärt: „Der tatsächliche Klaggrund kann stets nur einer Teiländerung bei Festhaltung der ursprünglichen Delikts- (nicht Verbrechens-)gattung unterworfen werden." Nach ihm muß immer auf eine bestimmte Deliktsgattung abgestellt werden, ist diese also für die Identität des Prozesses entscheidend.

Nun bestimmen aber nicht einzelne juristische Gesichtspunkte den Gegenstand des Strafprozesses, vielmehr ist für denselben die „Tat", die von den Parteien dem erkennenden Richter unterbreitet wird, wesentlich[12]). Wäre nur das Recht Prozeßgegenstand, so müßte der Richter im Prozeß Stellung nehmen zu der rechtlichen Würdigung, die schon von den Parteien vorgenommen wurde. Ein Grundgedanke der Prozeßordnung ist aber, daß das Gericht von den Parteien Tatsachen, nicht Rechtsätze zu empfangen hat. Die Anwendung des Gesetzes liegt in der Hand des Richters.

Weiterhin ist zu sagen: Träfe die Anschauung, unter „Tat" sei das deliktische Tun des Angeklagten, das crimen zu verstehen, zu, so würde es im Hinblick auf § 264 StPO. nicht zweifelhaft sein, was man unter Identität der Tat zwischen Anklage und Urteil zu verstehen hat.

---

11) Binding, Abh. II S. 333 ff.
12) Bennecke-Beling, S. 202; Beling, Grundr. S. 105; Sauer, Grundl. S. 193.

Der Richter könnte dann nur die Handlung des Angeklagten, wie sie in der Anklage bereits als crimen gefaßt ist, zum Urteilsgegenstand machen. Crimen wäre also, wenn der Richter nur das Ereignis, welches in der Anklage unter dem Begriffe der Delikte subsumiert ist, zum Urteilsgegenstand machen kann — rein für sich genommen —, nichts als ein „Vorurteil"[13]): Ein Urteil über die Tat vor Einsicht in die Tat.

Aus diesen Ueberlegungen erhellt es, daß der Standpunkt, der Prozeßgegenstand im Strafprozeß sei auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte beschränkt, zu eng ist. Damit erhebt sich die Frage, was ist unter „Tat" im Sinne des § 264 StPO. zu verstehen. Wohl ist es richtig, daß sich der Tatbegriff auf der Lehre vom historischen Vorkommnis aufbauen muß, allein diese Formulierung ist nicht eindeutig genug. Das Reichsgericht pflegt zu sagen, Tat sei im Gegensatz hierzu ein historisches Geschehnis. Das ist nun gewiß richtig, aber es sagt uns viel zu wenig[14]). „Wenn der Strafprozeß ein zur Sicherheit der Beteiligten formal abgegrenztes Rechtsverhältnis sein soll, so muß es sich um ein leicht und klar zu umschreibendes Ereignis drehen. Darin liegt ja gerade der Fortschritt unseres Prozeßrechtes, daß gegenüber der im Faktum unbegrenzten inquisitorischen Macht des Richters die Prozeßsubjekte heute wissen können, auf welches Ereignis es allein ankommen darf. Die Charakteristik und A b g r e n z u n g des historischen Geschehens ist also das Wichtige im Begriff der „Tat"[15]). Jedoch zur vollen Abgrenzung ist dies nicht das allein Wichtige. „Zur Abgrenzung wird aber etwas eminent strafrechtlich Charakteristisches benutzt: Täter und Rechtsgut. Da wir nun diese beiden Begriffe nirgendwo abstrakt gebildet haben, sondern überall nur konkret in ganz bestimmten Tatbeständen und mindestens Tatbestandsgruppen, so wird auch hier schon — und mit Recht! — ein aus dem strafrechtlichen Tatbestand stammendes Merkmal zur Abgrenzung benutzt"[16]).

Aber noch fehlt ein drittes Moment; es verbindet erst die beiden bisher gegensätzlichen Auffassungen zu einem Ganzen, und dieses Moment ergibt sich aus dem Wortlaut des § 264 StPO.: „Wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt."

Hiernach gibt der Richter sein Urteil ab, nicht über das historische Geschehen für sich genommen, auch nicht über das geltend gemachte Strafrecht als Prozeßgegenstand. Vielmehr ist „Tat" „ein Tatbestand in seiner historisch konkreten Fassung", der abzuurteilen ist oder umgekehrt, der historische Vorgang des Strafprozesses durch die Elemente des strafrechtlichen Tatbestandes als Einheit abgegrenzt[17]) nach freiem Ermessen des erkennenden Richters, welcher seinerseits die zur Aburteilung stehende „Tat" in ihrer wirklichen Gestaltung frei ermittelt und nach allen möglicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten prüft.

---

13) Neumann, S. 20.
14) Bennecke, S. 712; Höpfner Bd. 2 S. 161.
15) Mittermaier, ZStW. 21, S. 231.
16) Mittermaier, a. a. O., S. 232.
17) Mittermaier, a. a. O.

§ 7.

Identität der Tat im Verhältnis zwischen Anklage und Urteil.

1. Die Anklage lautet auf ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt.

In diesem Falle ergeben sich für beide Deliktstypen in bezug auf das Verhältnis zwischen Anklage und Urteil nur unwesentliche Unterschiede, da sie ja beide juristische Handlungseinheiten [1]) darstellen. Es genüge der Hinweis, daß der Begriff des fortgesetzten Delikts flüssiger ist, also dem subjektiven Ermessen des Richters einen größeren Spielraum läßt als das Kollektivdelikt.

Der Umfang der Untersuchung erstreckt sich gemäß § 155 StPO. auf die in der Anklage bezeichnete Tat. Da bei juristischer Handlungseinheit die Gesamtheit aller dazu gehörenden Einzelhandlungen wie ein Delikt behandelt und bestraft wird, werden alle zum Delikt gehörigen Handlungen rechtshängig und Gegenstand der Untersuchung. Stellt der Richter nun fest, daß Einzelfälle, die im Eröffnungsbeschluß nicht enthalten sind, der von ihm angenommenen juristischen Handlungseinheit angehören, so muß er sie zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung machen. Die Frage, welche Handlungen zur „Tat" gehören, entscheidet der Richter aus freiem Ermessen und prüft sie in jedem einzelnen Falle.

Besonderes Interesse auf dem Gebiete des Kollektivdelikts hat bei dieser Erörterung die Frage erweckt:

Ist es von Belang, ob die Gewerbsmäßigkeit oder Gewohnheitsmäßigkeit Tatbestandsmerkmal ist oder nur als Strafschärfungsgrund erscheint. Anlaß dazu gab eine Entscheidung des III. Senats des Reichsgerichts vom 12. 7. 1882 [2]). Der Strafsenat führte aus: „Nach §§ 263, 205 StPO. bildete den Gegenstand der Urteilsfindung die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Tat, wie sich dieselbe nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Ist die Tat ein Kollektivvergehen, zu welchem also als Tatbestandsmerkmal oder als Strafschärfungsgrund die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit gehört, so umfaßt der Eröffnungsbeschluß von selbst sämtliche Handlungen, in welchen die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Tätigkeit des Beschuldigten gefunden werden kann. Das Gericht ist berechtigt und verpflichtet, auch solche in der Anklageschrift und in dem Eröffnungsbeschlusse nicht erwähnte Handlungen, welche den Charakter der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit an sich tragen, zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu machen. Denn die einzelnen Fälle kommen nicht als selbständige Delikte, sondern eben nur als Bestandteile des Kollektivvergehens in Betracht." Diese Ausführung veranlaßte John [3]) zu folgender Stellungnahme: Die Gleichstellung der Kollektivdelikte, bei denen die Tatsache, daß ein mehrfaches Handeln stattgefunden habe, als Tatbestandsmerkmal in Betracht komme, mit denjenigen, bei denen sie nur einen Strafschärfungsgrund bilde, sei unstatthaft. „Mehrere Einzelhandlungen können als fortgesetztes Delikt, können als realkonkur-

---

1) Vgl. § 5 d. Arbeit.
2) RG. 7 S. 32.
3) Band II S. 286.

rierende Handlungen, können auch als gewerbsmäßige Hehlerei resp. als gewerbsmäßiges unberechtigtes Jagen aufgefaßt werden..... Wenn daher der III. Strafsenat sage, bei der Anklage wegen unberechtigten Jagens umfasse der Eröffnungsbeschluß von selbst sämtliche Handlungen, in welchen die Gewerbsmäßigkeit des Beschuldigten gefunden werden könne, so könnte dieser Satz nur unter der vollkommen unzutreffenden Voraussetzung als richtig anerkannt werden, daß derjenige, welcher gewerbsmäßig das unberechtigte Jagen ausübe, bei jedem unberechtigten Jagen auch gewerbsmäßig handeln müsse." Daher hänge es also vielmehr von der tatsächlichen Feststellung des Richters ab, ob ein im Eröffnungsbeschluß nicht genannter Einzelfall als Bestandteil des gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Treibens oder als selbständiges Delikt anzuerkennen sei.

Diese Stellungnahme beruht offenbar auf einem Mißverständnis, begünstigt durch eine nicht völlig eindeutige Ausdrucksweise des Reichsgerichts. Dieses will hier zum Ausdruck bringen: Der Eröffnungsbeschluß umfasse die ganze objektive Deliktseinheit, und der Richter habe die Pflicht, sich mit ihr zu befassen, sodaß eine Erstreckung der Verhandlung und Urteilsfindung auf eine im Eröffnungsbeschluß nicht genannte Einzelhandlung, die gewerbs- oder gewohnheitsmäßig begangen wurde, keine unzulässige Erweiterung der Anklage bildet, sondern lediglich die pflichtmäßige Berücksichtigung eines bisher nicht zum Vorschein gekommenen Bestandteils, der der Gegenstand der die Untersuchung bildenden Tat ist[4]). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Tatbestandsmerkmal oder Qualifikationsgrund ist.

Das Reichsgericht will dagegen nicht sagen, daß der Richter nicht erst zu prüfen braucht, ob dieser in der Anklage nicht enthaltene Fall, auch tatsächlich das das Kollektivdelikt charakterisierende Moment an sich trägt. Diese Feststellung ist nämlich dann von Bedeutung, wenn es sich um ein Kollektivdelikt handelt, bei dem die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Qualifikationsgrund ist.

Ein gewerbsmäßiger Wilddieb hilft einem anderen Wilddieb bei dessen Jagd, ohne ein eigenes Interesse dabei zu haben[5]). Gegen ihn ist Anklage erhoben wegen gewerbsmäßiger Wilderei in drei Fällen. Bei der Verhandlung kommt die oben erwähnte Straftat ebenfalls zur Sprache. Kann nun der Richter diesen Fall zur Urteilsfindung machen, oder muß er den Weg über § 266 StPO. gehen? Dies ist die Frage, die John mit seinen Ausführungen berühren will und die er mit Recht in letzterem Sinne beantwortet[6]).

Bei dem fortgesetzten Delikt gilt grundsätzlich das gleiche wie bei dem Kollektivverbrechen. Wenn auch Anklage und Eröffnungsbeschluß nur einige Glieder der Reihe eines fortgesetzten Verbrechens benennen, so umfaßt letzterer doch die ganze objektiv vorhandene Deliktseinheit. Die Untersuchung des Richters hat sich daher auf alle in diesem Fortsetzungszusammenhang fal-

---

[4]) Vgl. die umfassenden Ausführungen Bockshammers S. 15 ff.
[5]) Beispiel aus John, S. 286.
[6]) Gegen diese Ansicht: Vermutl. Bockshammer; vgl. s. Ausf. auf S. 30.

lenden Einzelhandlungen zu erstrecken, mithin auch auf diejenigen, die nicht in der Anklage ausdrücklich hervorgehoben worden sind [7]).

Wird also dem Richter im Laufe der Hauptverhandlung eine neu ermittelte Einzelhandlung des Angeklagten bekannt, so hat er zu prüfen und festzustellen, ob diese im Verhältnis zu den in der Anklage erwähnten Fällen im Fortsetzungszusammenhang steht. Die Natur des fortgesetzten Delikts, das — wie schon oben erwähnt — sich im Gegensatz zum Kollektivdelikt einer genaueren Begriffsbestimmung und Begrenzung entzieht, bringt es mit sich, daß bei ihm den Feststellungen des erkennenden Richters eine weitergehende Bedeutung zukommt als beim Kollektivdelikt.

2. Die Anklage lautet auf ein oder mehrere selbständige Delikte.

Bisher wurde davon ausgegangen, daß die Anklage auf ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt lautete. Die Anklage kann nun auf in Realkonkurrenz stehende Handlungen lauten, während das Ergebnis der Hauptverhandlung die Annahme eines Kollektiv- oder fortgesetzten Delikts nahe legt. Kann nun der Richter diese Handlungen als Gesamtdelikt aburteilen, obgleich der Eröffnungsbeschluß auf realkonkurrierende Delikte abgestellt war?

Es ist darin nur eine Frage nach der anders gearteten rechtlichen Beurteilung zu erblicken [8]). In Anklage und Eröffnungsbeschluß sollen drei Diebstähle nach § 242 StGB in Verbindung mit § 74 StGB bezeichnet sein. Auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung soll aber lediglich der § 242 StGB zur Anwendung kommen, da sich herausgestellt hat, daß kein Fall einer Realkonkurrenz vorliege. Es soll aus drei Prozeßgegenständen auf Grund der anders gearteten rechtlichen Beurteilung als derjenigen, die in der Anklage vorgesehen war, ein Prozeßgegenstand gemacht, eine Dreiheit zu einer Einheit zusammengezogen werden [9]). Dieser Fall wird durch den § 265 StPO bereits geregelt, wo es heißt, daß dann, wenn statt des in der Anklage genannten Gesetzes ein anderes Gesetz zur Anwendung kommen soll, der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam zu machen ist. Man kann sogar mit Neumann [10]) sagen, daß nicht einmal der Fall dieses Paragraphen vorliege, weil anstatt der im Eröffnungsbeschluß erwähnten §§ 242, 74 StGB. nicht einmal ein anderes Strafgesetz, sondern lediglich der § 242 StGB., dagegen § 74 StGB. überhaupt nicht zur Anwendung kommen solle [11]). Da jedoch bei Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges oder eines Kollektivdelikts die Strafe zum mindesten analog nach § 73 StGB. zu bilden wäre, so könne man infolge dieser Analogie die Anwendung des § 265 StPO. für geboten halten. Jedoch auch von dieser Auffassung müsse abgesehen werden, wenn man sich vergegenwärtige, welches der Sinn der Vorschrift des § 265 StGB. sei. Sobald nämlich die Tat aus einem

7) Selbst auf diejenigen, die erst nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses begangen wurden. Vgl. Gerland, S. 435.
8) RG. 9, S. 344; 20, S. 288.
9) Neumann, S. 23.
10) Neumann, S. 23.
11) RG. 20, S. 227.

anderen rechtlichen Gesichtspunkte als demjenigen, der der Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liege, abgeurteilt werden solle, sei die Anwendung des § 265 StPO. geboten. Es komme nicht darauf an, daß sich der rechtliche Charakter durch die Anwendung eines anderen Gesetzes ändere, sondern es könne auch geschehen, daß durch Fortfall eines Gesetzes dieselbe Wirkung hervorgerufen werde. Die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage müsse also lauten: „Kommt das Gericht zu der Erkenntnis, daß die ihm als realkonkurrierend bezeichneten Handlungen tatsächlich im Fortsetzungszusammenhang stehen oder ein Kollektivdelikt bilden, so ist es dem Gericht gestattet, diese Tat auf Grund der Anklage zum Gegenstand des Urteils nach § 264 StPO. zu machen. Allerdings ist es erforderlich, daß der Angeklagte nach § 265 StPO. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht wird. Denn das Urteil nennt nur eine einzige Tat, die sich aus drei unselbständigen Tatstücken zusammensetzt, während die Anklage drei selbständige Taten nannte. Es handelt sich also um eine Veränderung der Art, daß aus drei selbständigen Taten drei unselbständige geformt werden, die dann allerdings als eine Einheit im Urteil genannt werden. Insofern ist es daher kein typisches Identitätsproblem, da Anklage und Urteil genau die gleiche strafrechtliche „Quantität" an Taten trifft und nur die „Qualität" der Taten eine andere wird"[12]). Weiterhin ist aber die Möglichkeit denkbar, daß die Anklage sich auf ein oder mehrere Delikte erstreckt und der Richter während der Hauptverhandlung weitere Fälle ermittelt, die zusammen mit der in der Anklage bezeichneten die Annahme eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts nahelegen.

Nach unseren eingehenden Untersuchungen in § 6 und nach dem oben[12]) Gesagten ergibt sich die Beantwortung dieser Frage von selbst. Denn einerseits stellten wir fest, daß die „Tat" sich darstellt als historisches Geschehnis, abgegrenzt durch die Normen des Strafrechts und unter Berücksichtigung aller sich in der Verhandlung ergebenden Gesichtspunkte, andererseits, daß der Richter realkonkurrierende Delikte als fortgesetztes oder Kollektivdelikt aburteilen kann, wenn im Laufe der Hauptverhandlung sich eine juristische Handlungseinheit ergibt, da ja die Quantität der Taten dieselbe bleibt und nur die Qualität eine andere wird. Es kann daher auch in dem oben angenommenen Falle eine Aburteilung der einzelnen einfachen oder realkonkurrierenden Delikte als fortgesetztes oder Kollektivdelikt erfolgen. Allerdings ist nach § 265 StPO. der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hinzuweisen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung zu geben.

§ 8.

Identität der Tat zwischen Urteil und neuer Anklage.

Am bedeutsamsten wird die Identitätsprüfung in diesem Zusammenhang. Ist darüber zu entscheiden, ob auf eine zur Aburteilung stehende Tat der Grundsatz ne bis in idem Anwendung zu finden habe, so hat der Richter zu

---

12) S. 21 d. Arbeit.

prüfen, ob die ihm vorliegende Straftat bereits ein früheres rechtskräftiges Urteil behandelt, d. h. ob ein bestimmtes Verhalten desselben Angeklagten, das Gegenstand einer früheren Aburteilung war, identisch ist mit dem neuerlich zur Anklage gebrachten.

Die Frage, wann Identität vorliegt, hat in der Literatur zu verschiedenen Meinungen Anlaß gegeben.

Nach Eichhorn[1]) ist Identität der Tat überall da gegeben, wo die Beziehungen des Willens zur Tat im allgemeinen dieselbe ist und nur die Ausführungsweise oder die Intensität der Tat abweicht.

Sie sei also ohne Zweifel gegeben bei Versuch gegenüber Vollendung und bei Vorsatz gegenüber Fahrlässigkeit, aber auch da, wo der Erfolg nicht zur Handlung gehöre bei der einen Folge einer Tat gegenüber einer anderen Folge derselben Tat. Dagegen sei sie nicht vorhanden, wo es sich um ganz verschiedene Beziehungen zwischen Wille und Tat handele, also um eine Tat, die auf einem anderen Willen beruhe, oder um einen Willen, der auf eine ganz andere Tat gerichtet sei. Ebenso nicht da, wo ein gewisser Erfolg eingetreten sei, der sich in letzter Linie zwar zurückführen lasse auf eine Handlung oder Unterlassung, die, abgesehen von der ihr innewohnenden Fahrlässigkeit als Polizeiübertretung strafbar sei, jedoch nicht als eine bloße Folge oder Wirksamkeit der letzteren aufgefaßt werden dürfe, sondern als ein eigenes selbständiges Delikt, bei dem nicht ein bestimmtes äußerliches Tun, sondern der auf Nichtachtung gewisser Gebote oder Verbote gerichtete Wille das gemeinsame Moment bilde.

Nach Glaser[2]) steht der neuen Anklage der Einwand der Rechtskraft entgegen, wenn bei der ersten Verhandlung eine Erörterung oder Modifikation der Anklage möglich war in dem Sinne, daß die neu formulierte Anklage hätte schon damals zur Geltung gebracht werden können, d. h. daß ihr nicht hätte der Einwand entgegengesetzt werden können, das sei ein vollständiges Abweichen von dem durch die Anklage bezeichneten Gegenstand der Verhandlung.

Nach A. F. Berner[3]) kommt es darauf an, ob die prozessualischen Einrichtungen derart sind, daß man annehmen darf, die Tat werde bei ihrer einmaligen prozessualischen Verhandlung aus allen strafrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden.

Ist hierfür keine Bürgschaft vorhanden, so muß eine neue Verhandlung aus neuen Gesichtspunkten zulässig sein; denn sonst hätte der Angeschuldigte ein Privileg auf Straflosigkeit, das aller Vernunft, aller Moral und dem Interesse der staatlichen Gesellschaft widerspräche.

Nach Max Berner[4]) stehen Wille zur Tat im Verhältnis von Ursache und Wirkung. Ueber die Einheitlichkeit der Tat entscheidet die Einheitlichkeit des Willens. Der Wille selbst gliedert sich nun wieder in Motiv, Absicht, Vorsatz und Entschluß. Das ausschlaggebende Willensstadium ist die

---

1) S. 416 ff.
2) Holtz. Rechtsl. 3, S. 287.
3) Goltd. Arch. 3, S. 472.
4) S. 56 ff.

Absicht. Einheitlichkeit der Tat ist daher dann vorhanden, wenn Einheitlichkeit der Absicht gegeben ist. Ob die Absicht eine andere ist, kann, da der Wille etwas innerliches ist, nur vermutungsweise durch Schlußfolgerungen, die größtenteils aus dem äußeren Vorgang zu ziehen sind, festgestellt werden. Die objektiven Merkmale der Tat, die für sich allein nicht ausreichen, um die Identität der Tat zu bestimmen, bilden somit ein wesentliches Hilfsmittel für die Bestimmung des inneren Maßstabes. Keine dieser Theorien ist jedoch eine Formel für den Umfang der Identität der Tat, die auf jeden konkreten Fall ohne weiteres anwendbar ist. Der Grund, weshalb alle Versuche in dieser Richtung fehlgeschlagen sind, wird von Schanze[5]) folgendermaßen angegeben: „Es ist unmöglich, in abstracto bestimmte Merkmale aufzustellen, deren Vorhandensein in concreto die Annahme der Identität ohne weiteres rechtfertigte, beziehentlich notwendig machte. Die Ursache hierfür liegt darin, daß die zu vergleichenden Objekte nicht genereller, sondern spezieller Natur, nicht Typen, sondern Individuen sind.“

In dieser Erkenntnis hat man weitere dahin gerichtete Bemühungen aufgegeben und sich bei dem Gedanken beruhigt, daß die Identität nur im konkreten Fall durch den Richter festgestellt werden könne. Auch in den Motiven[6]) findet sich diese Anschauung: „Darüber, unter welchen Voraussetzungen diese Identität auch dann als vorhanden anzunehmen sei, wenn nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die Tat sich in einer anderen Gestaltung als nach der Anklage darstellt, lassen sich allgemeine Vorschriften nicht geben. Vielmehr muß diese Frage immer nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles beurteilt werden.“ Demgemäß hat sich in der neueren Zeit die Literatur mit der Identitätsfrage weniger beschäftigt[7]) und hat es vielmehr der Rechtsprechung überlassen, in Anknüpfung an den konkreten Fall die Lehre von der Identität näher auszugestalten.

Das Reichsgericht vertritt in dauernder Rechtsprechung folgenden Satz: Der Grundsatz ne bis in idem reicht soweit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte[8]). Dieser Gleichsetzung der Identitätsbegriffe schließt sich Löwe-Rosenberg[9]) an mit der Begründung, daß gerade deshalb dem Gericht eine soweit gehende Befugnis zur Klageänderung gewährt wurde[10]), um eine Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem in vollem Umfange zu ermöglichen und es auszuschließen, daß eine und dieselbe Tat wiederholt zum Gegenstand einer Anklage gegen dieselbe Person gemacht werde.

Es wird an Hand der Einzelfälle in Teil II der Arbeit zu zeigen sein, inwieweit dieser Formulierung des Reichsgerichts im konkreten Falle Berechtigung zuerkannt werden kann. Als allgemeine, alles umfassende Regelung kann sie jedenfalls nicht angesehen werden. Im allgemeinen ist folgendes zu sagen: Der spätere Richter hat nicht darüber zu entscheiden, ob der

---

5) S. 474.
6) Motive, S. 192.
7) Barbarino, S. 99.
8) RG. 21, S. 410; 49, S. 274; 51, S. 242; 56, S. 325.
9) S. 410.
10) Dagegen Pfitzer. Nach ihm bedingt nicht die Zulässigkeit der Klageänderung in der Hauptverhandlung den Satz ne bis in idem, sondern eben aus der Unzulässigkeit des bis in idem folge als Notwendigkeit die Klageänderung in der Hauptverhandlung.

frühere Richter[11]) sein Urteil auf die Handlung ausgedehnt hätte, sofern sie ihm neu bekannt wurde, sondern nur darüber, ob für den früheren Richter die rechtliche Möglichkeit bestand, sein Urteil auch auf die neue Straftat auszudehnen.

Es ergeben sich folgende Möglichkeiten. Hat der frühere Richter Handlungen des Angeklagten als ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt qualifiziert, und der spätere Richter in bezug auf eine neuerlich abzuurteilende Handlung entschieden, daß sie mit der früher abgeurteilten eine juristische Einheit darstellt, dann liegt Identität der Tat vor, und die Strafklage ist verbraucht, gleichviel, ob die Tat von dem früheren Richter in ihrem ganzen Umfange erkannt wurde oder nicht.

Anders verhält es sich, wenn der frühere Richter auf Grund der von ihm damals ermittelten Tatsachen in dem Tun des Angeklagten eine oder mehrere selbständige Einzelhandlungen erblickte, der spätere Richter aber feststellt, daß der abzuurteilende Fall mit dem abgeurteilten ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt bildet. Oder: der frühere Richter hat ihn von der Anklage eines oder mehrerer Einzeldelikte oder eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts rechtskräftig freigesprochen, also den Deliktscharakter der ihm zur Aburteilung stehenden Handlungen verneint. Kann nun der spätere Richter, wenn er die Ansichten des früheren Richters nicht teilt, sich in Widerspruch setzen mit dem früheren rechtskräftigen Urteil oder ist er an die dort getroffenen Feststellungen gebunden?

Die Beantwortung dieser Frage macht zunächst eine Untersuchung über den Umfang der Rechtskraft notwendig.

§ 9.

Der Umfang der Rechtskraft des Strafurteils.

So unzweifelhaft fest die Grundsätze über Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen der Rechtskraft des Strafurteils stehen, so bestritten ist die Frage nach dem Umfang seiner Rechtskraft. Die Strafprozeßordnung selbst läßt eine Vorschrift über den Umfang der Rechtskraft gänzlich vermissen. Dagegen findet sich in § 322 ZPO. die ausdrückliche Bestimmung: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist."

Es ist nun naheliegend, in dieser Vorschrift einen immanenten Bestandteil der Rechtsordnung zu erblicken und sie analog auf den Strafprozeß anzuwenden. Durch diese Methode kommt Schanze[1]) zu folgendem Ergebnis:

Nach ihm ist „Zweck der Strafklage Feststellung und zwar Feststellung eines dem Staate zustehenden Strafanspruches." Im Zivilprozeß werde eine Entscheidung darüber begehrt, ob und in welcher Höhe ein konkreter vom Kläger bezeichneter Anspruch mit Rücksicht auf die von den Parteien

---

11) Der Einfachheit halber wird im folgenden der Richter, der das frühere Urteil gefällt hat, „früherer Richter", der Richter, der über die Identitätsfrage zu entscheiden hat, „späterer Richter", genannt. Die Ausdrücke wurden von Bockshammer übernommen.

1) ZStW. 4, S. 468.

vorgebrachten und bewiesenen Tatsachen begründet sei; Der Strafprozeß solle dagegen darüber Gewißheit bringen ob, welcher Art und in welcher Höhe dem Staate ein strafrechtlicher Anspruch entstanden sei. Er folgert dann weiter: Das Strafurteil stelle also fest, ob aus der im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat ein Recht auf Strafe hervorgehe oder nicht und erstenfalls weiter, wie der Strafanspruch nach Art und Höhe beschaffen sei. Insoweit werde das Urteil rechtskräftig. Die anderen in ihm enthaltenen Feststellungen über den verbrecherischen Tatbestand oder einzelne Deliktsmerkmale gehen nicht in Rechtskraft über.

Nach der Ansicht von Sauer[2]) muß der Begriff der Rechtskraft prinzipiell für die allgemeine Prozeßrechtslehre gewonnen werden. Nicht allein für den Zivilprozeß, nicht allein für den Strafprozeß oder das Verwaltungsrecht. Er kommt zu dem allgemeinen Rechtskraftbegriff: Rechtskraft ist Rechtsgestaltungskraft.

Diese weitgehende Analogie zwischen Zivilprozeß und Strafprozeß ist jedoch nicht statthaft, womit nicht gesagt sein soll, daß eine Vergleichung der Prozeßarten die Lösung der Frage nach dem Umfang der Rechtskraft nicht fördere. § 322 ZPO. besagt: Nur die Entscheidung über den Anspruch erwächst in Rechtskraft, nicht aber auch die Gründe. „Da die geschichtliche Entwicklung die Vermutung begründet, daß die Rechtskraftwirkungen des Strafurteils nur geringen Umfang haben, ist jedenfalls nicht anzunehmen, daß die Rechtskraft des Strafurteils weiter gehe als die des Zivilurteils, die sich nach der ZPO. auf die Entscheidung, ausnahmsweise auch noch die Feststellung präjudizieller Rechtsverhältnisse, jedoch sonst nicht auf die Entscheidungsgründe erstreckt“[3]). Weiterhin bieten die Bestimmungen über die Wiederaufnahme, aus denen sich die positivrechtliche Anerkennung des Rechtskraftprinzips ergibt, nicht den leisesten Anhalt für die Annahme der Rechtskraft der Entscheidungsgründe. Sie ergeben vielmehr nur die grundsätzliche Unzulässigkeit eines Verfahrens, das zum Ziel hat, die frühere Entscheidung zu ignorieren und an ihre Stelle eine andere, je nach Sachlage Freisprechung oder anderweitige Schuldigerklärung und Bestrafung zu setzen.

Unzweifelhaft ist daher in diesem Fall eine Analogie mit dem Zivilprozeß zulässig. Im Strafprozeß erlangen somit die Entscheidungsgründe keine Rechtskraft. Diese Ansicht hat sich auch allgemein durchgesetzt[4]).

Zu den Entscheidungsgründen gehören auch die sog. tatsächlichen Feststellungen des Urteils. Sie gehen ebensowenig in Rechtskraft über wie die Gründe[5]). Der A ist angeklagt eine unzüchtige Schrift verbreitet zu haben. Er wird freigesprochen, weil die Schrift nach Ansicht des Richters nicht unzüchtig ist. Als er später wieder dieselbe Schrift vertreibt, wird wiederum Anklage wegen der neuen Handlung erhoben. Der spätere Richter ist berechtigt, die Schrift nun als unzüchtig anzusehen und den Angeklagten zu verurteilen.

[2]) S. 239.
[3]) Höpfner, Band II, S. 201, 202.
[4]) Glaser in Holtz. Rechtsl. Bd. 3 S. 286; Bennecke, S. 707; Bennecke-Beling, S. 417; Gerland, S. 435; Birkmeyer, S. 674; Höpfner II, S. 202; Heinrich, S. 11; Bockshammer, S. 23; RG. 3/45.
[5]) Bennecke, S. 713 Anm. 17; Höpfner, S. 202 Anm. 73; Kroschel, S. 413.

In dem ersten Urteil wird lediglich festgestellt, daß der Angeklagte der durch die Anklage nach Ort und Zeit bestimmten Handlung nicht schuldig sei. Das freisprechende Urteil will aber nicht sagen, daß die Schrift an sich nicht unzüchtig sei [6]). Daß weitere Analogieschlüsse zwischen Zivilprozeß und Strafprozeß nicht zulässig sind, ergibt sich aus folgendem Vergleich:

Im Strafprozeß wird zwar auch wie im Zivilprozeß über einen Anspruch entschieden, jedoch enthält das Strafurteil in Schuld- und Strafausspruch zwei selbständige Momente, während das Zivilurteil sich nur über den Anspruch als solchen äußert [7]). Auch Glaser [8]) weist daraufhin, daß auf das Begehren im Zivilprozeß das Hauptgewicht falle, während im Strafprozeß die Begründung im Vordergrund stehe. „Der Schwerpunkt des Strafprozesses liege in der Frage, welcher konkreten strafbaren Handlung der Angeklagte schuldig gesprochen, nicht in der Strafe, die ihn treffen solle" [9]).

Auch in der Verfahrensart herrschen zwischen Zivilprozeß und Strafprozeß grundlegende Unterschiede. Im ersten gilt die Verhandlungsmaxime, während der Strafprozeß von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird. Hier hat der Richter die materielle Wahrheit zu erforschen und kann von sich aus weiteren Prozeßstoff beibringen, soweit es ihm zur Erforschung der Wahrheit erforderlich erscheint. Eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes in der betreffenden Sache bedeutet im Zivilprozeß meistens schon eine unzulässige Klageänderung, während dies im Strafprozeß gemäß § 265 StPO. nicht der Fall ist. Diese enge Abgrenzung im Zivilprozeß zeigt, daß hier der Gegenstand der Entscheidung viel mehr konkretisiert ist. Der Rechtskraft sind daher im Zivilprozeß engere Grenzen gezogen als im Strafprozeß, was durchaus den Bedürfnissen des Zivilprozesses entspricht [10]). Eine Ausdehnung des Umfanges der Rechtskraft geht stets auf Kosten der materiellen Wahrheit, insofern als ein späterer Richter auf Grund viel umfassenderen Tatsachenmaterials manches richtiger zu erkennen vermag, als der frühere Richter, seine erweiterte Kenntnis aber nicht verwenden kann, weil er dann in zu großem Maße an die Feststellung des Erstrichters in dieser Sache gebunden ist.

Im Strafprozeß ist jedoch das Prinzip der materiellen Wahrheit vorherrschend und widerstrebt einer solchen Ausdehnung der Rechtskraft. Das Urteil im Strafprozeß spricht denn auch von dem Angeklagten aus, daß er sich einer bestimmten strafbaren Handlung schuldig gemacht hat. Diese Feststellung ist nicht bloßer Entscheidungsgrund für die Bestimmung von Art und Höhe der zu verhängenden Strafe, sondern Bestandteil der Entscheidung [11]).

Die Schuldfrage ist demnach nicht nur eine Voraussetzung für den Strafanspruch gegen den Angeklagten [12]) — bei Freisprechung also nicht für das Ablehnen dieses Anspruches —, sondern ein wesentlicher Teil der Entschei-

6) Vgl. RG. 5/101.
7) Binding, Abh. II, S. 308.
8) GS. Bd. 36, S. 98.
9) Glaser, ebenda.
10) Heinrich, S. 12.
11) Höpfner, Bd. II, S. 202.
12) Vgl. §§ 199, 233 StGB., bei denen eine Schuld festgestellt werden kann, ohne daß eine Strafe verhängt werden muß.

dung und der Rechtskraft teilhaftig[13]). Daß die Schuldfeststellung in Rechtskraft erwächst[14]), erhellt aus folgendem:

Im Strafregister wird die Tatsache festgestellt, daß der Angeklagte wegen einer strafbaren Handlung für schuldig befunden und bestraft wurde. Eine noch größere Bedeutung gewinnt die Schuldfeststellung für den Rückfall. Gleichviel, ob er als Qualifikationsgrund oder Strafzumessungsgrund auftritt, maßgeblich für seine Feststellung bleibt das jeweils begangene Verbrechen. Der Angeklagte wird nur deshalb härter bestraft, weil er das Delikt bereits mehrmal begangen hat, nicht weil er vorbestraft ist. Ferner fordert § 263 StPO. für die Bejahung der Schuldfrage eine Zweidrittel-Mehrheit[15]) und § 361 StPO. schließt auch für den Fall des Todes oder erfolgte Strafverbüßung des Angeklagten den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nicht aus, wobei es sich in erster Linie um Feststellung von Schuld und Nichtschuld handelt[16]).

Was besagt aber das Urteil?

Der Tenor ist eine gänzlich farblose Entscheidung über das, was geschehen soll[17]). Der Tenor spricht nur aus, „der Angeklagte sei der ihm zur Last gelegten Tat schuldig und werde so und so bestraft, oder er werde von einer bestimmten Beschuldigung freigesprochen“[18]). Aus der Urteilsformel ist also nicht zu ersehen, was die Grundlage der Entscheidung ist, welche Straftat zur Aburteilung bzw. Freisprechung gelangte. Dies kann nur aus den Urteilsgründen entnommen werden. Ausdrücklich legt § 267 StPO. fest, daß die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlungen gefunden werden, enthalten müssen. Ferner muß das zur Anwendung bezeichnete Strafgesetz bezeichnet sein. Auch sollen die Umstände angeführt werden, welche für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind. Die Entscheidungsgründe sind also die Grundlage der Entscheidung und stehen so in einer gewissen Beziehung zum Urteilstenor. Sie sind aber keine selbständigen Entscheidungen. Trotzdem müssen die Entscheidungsgründe zur Definition der Tat mit herangezogen werden, wenn sie auch keine bindende Wirkung erlangt haben. Demnach ist anzunehmen, daß die Entscheidung über die sich aus den Gründen ergebende Tat aus der Urteilsformel in Rechtskraft erwächst[19]). Unter Tat ist hier das konkrete historische Geschehnis, das strafrechtlichen Charakter trägt, verstanden. Und für die Feststellung der Identität der Tat muß dieses historische Geschehnis, das Gegenstand der früheren Verhandlung und Urteilsfindung war, mit der erneut unter Anklage gestellten Handlung verglichen werden. Hat das frühere Urteil ausgesprochen, daß der Angeklagte infolge einer Tat schuldig gesprochen wurde, so hat es damit nicht zum Ausdruck gebracht, daß er durch dieselbe Tat nicht auch ein anderes Strafgesetz verletzt

---

13) Binding, Abh. II S. 308; Höpfner, a. a. O; Glaser, Handb. II S. 6; Kroschel, S. 410 und 416; Bockshammer, S. 25; Barbarino, S. 83.

14) Der Formulierung Benneckes, (S. 708): „Rechtskräftig wird nur die im Urteilstenor enthaltene Entscheidung“ ist also nicht zuzustimmen.

15) Binding, Abh. II, S. 309.

16) § 371 StPO.

17) Oster, S. 46.

18) Bennecke, S. 708.

19) Man kann jedoch nicht sagen, daß man in diesem Sinne eine Rechtskraft der Gründe anerkennen muß, wie Kroschel, S. 412 und die dort angegebene Literatur.

haben kann. Jedoch steht einer neuerlichen Aburteilung die Rechtskraft der abgeurteilten Tat gegenüber. Begeht zum Beispiel A Betrug in Idealkonkurrenz mit Urkundenfälschung, verurteilt aber der frühere Richter nur wegen eines der beiden Delikte, so kann eine Aburteilung des anderen nicht mehr erfolgen [20]).

Einen noch weiteren Umfang nimmt die Tat, über die rechtskräftig entschieden ist, bei den fortgesetzten und Kollektivdelikten ein. Hier gehören zum Begriff „Tat" sogar diejenigen Einzelakte, die nicht mehr in natürlicher Handlungseinheit zueinander stehen, sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen als eine juristische Handlungseinheit angesehen werden [21]). Hat der frühere Richter wegen mehrerer selbständiger Delikte verurteilt und der spätere Richter findet nun, daß diese Fälle zusammen mit den neuerlich zur Aburteilung vorliegenden eine juristische Handlungseinheit bilden, so kann er das Verfahren einstellen. Er kann also, trotzdem im ersten Urteil selbständige Einzeldelikte festgestellt wurden, einen weiteren Umfang der abzuurteilenden Tat annehmen. Insoweit darf sich der spätere Richter mit der früheren Entscheidung in Widerspruch setzen. Dagegen darf er nicht durch eine neue Entscheidung, in der er wegen fortgesetzten oder Kollektivdelikt aburteilt, die frühere Entscheidung leugnen [22]), er darf also d i e s e abgeurteilten Fälle nicht als fortgesetztes oder Kollektivdelikt bezeichnen.

Es ist also auch die Qualifikation der Tat, die in Rechtskraft erwächst, d. h. die Qualifikation der Tat zu einem bestimmten Delikt, und ein späterer Richter darf sich in einer neuen Entscheidung nicht mit ihr in Widerspruch setzen. Er darf lediglich, wie oben ausgeführt, zum Ausdruck bringen, daß die abgeurteilte Tat einen weiteren Umfang hat, als der frühere Richter erkannte. Denn es wird nichts darüber gesagt, in welchem Verhältnis die abgeurteilte Handlung zu anderen Handlungen des Angeklagten stehen könnte. Würde dies doch zum Ausdruck gebracht werden, so handelte es sich um eine tatsächliche Feststellung, die nicht in Rechtskraft erwächst [23]).

---

20) Vgl. Köhler, S. 180.
21) Vgl. § 5 d. Arbeit.
22) Höpfner, S. 210; Bockshammer, S. 31; Heinrich, S. 16 ff.
23) Höpfner, S. 202; Vgl. Bockshammer, S. 27 und §§ 12/13 der vorl. Arbeit.

II. Abschnitt – Einzelfälle.

§ 10.

Das frühere Urteil lautet auf ein fortgesetztes Delikt.

Der Verbrauch der Strafklage in bezug auf ein fortgesetztes Delikt tritt insoweit ein, als die Befugnis des erkennenden Richters reichte, gemäß § 264 StPO. nicht im Eröffnungsbeschluß genannte Vorgänge zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen. Dabei ist es gleichgültig, ob der Richter die Handlungen kannte oder nicht, der Grundsatz ne bis in idem umfaßt alle in den Kreis der Delikteinheit fallenden Einzelhandlungen, die bis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung begangen wurden, sofern für den Richter die rechtliche Möglichkeit bestand, seine Untersuchung auf sie auszudehnen. Dieser Grundsatz wird vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung [1]) vertreten und kann auch in der Literatur [2]) als herrschend angesehen werden.

Wird wegen eines Einzelfalles oder wegen mehrerer Einzelfälle das Verfahren eröffnet, so hat der Richter zu prüfen, ob diese nicht unselbständige Bestandteile eines früher abgeurteilten fortgesetzten Delikts darstellen; kommt er zu einer Bejahung dieser Frage, so ist Identität der Tat gegeben, und einer nochmaligen Aburteilung steht der Grundsatz ne bis in idem entgegen. Ist der Richter der Ueberzeugung, daß die ihm vorliegende strafbare Handlung eine oder mehrere selbständige Einzelhandlungen darstellt, so kann und muß er sie aburteilen.

Wenn das frühere Urteil feststellt, daß die abgeurteilte Tat ein fortgesetztes Delikt bilde, so ist diese Feststellung als eine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung anzusehen, da ja die Qualifikation der Tat in Rechtskraft erwächst; es ist nicht erforderlich, daß dieser Ausspruch im Urteilstenor enthalten ist [3]). Diese rechtskräftige Feststellung ist für den späteren Richter bindend. Findet er, daß der ihm zur Aburteilung vorliegende Fall mit den in dem früheren Urteil als fortgesetztes Delikt qualifizierten Einzelhandlungen eine Reihe von selbständigen realkonkurrierenden Delikten darstellt, daß also die Qualifikation des früheren Richters eine falsche war, so kann er dies nicht zum Ausdruck bringen, da er sich hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Tat mit dem früheren Richter nicht in Widerspruch setzen

---

1) RG. 9, S. 348; 47, S. 397; 51, S. 254.

2) Löwe-Rosenberg, S. 410; Bennecke-Beling, S. 313 ff.; Gerland S. 435; Doerr, S. 220; Glaser, Hdb. S. 39 ff. u. in Grünh. Ztschr., S. 313; Berner A. in G. A. 3, S. 491; Oster, S. 34:

3) Vgl. § 8 d. Arbeit.

darf. Dagegen kann und muß er den neuen, ihm vorliegenden Fall als selbständiges Delikt zur Aburteilung bringen, sofern dieser in der früheren Verhandlung nicht zur Sprache gekommen ist. Die frühere rechtskräftige Entscheidung stellt ja nur fest, daß die in dem Urteil bezeichneten und durch die Verhandlung zum Gegenstand der Urteilsfindung gemachten Einzelfälle ein fortgesetztes Delikt bilden[4]).

In der Beurteilung der neu ermittelten Fälle ist der spätere Richter völlig frei. Gegen diese Ansicht wendet sich Bockshammer[5]):

Der frühere Richter hat eine Reihe von Unterschlagungen festgestellt, die unter Verletzung desselben Pflichtverhältnisses begangen wurden, und hat dieselben als fortgesetztes Delikt qualifiziert. Hier kann nach Ansicht Bockshammers ein nachträglich mit einem weiteren Unterschlagungsakt befaßter Richter nicht unter Mißachtung des die ganze Kette von Unterschlagungen als einheitliches Delikt behandelnden rechtskräftigen Urteils jenen Einzelakt als selbständiges Delikt qualifizieren. Mit diesem Ergebnis verneint die genannte Abhandlung den begrenzten Charakter des fortgesetzten Delikts, das die „Tat“ bildet, in die der erkennende Richter gemäß § 264 StPO. die Pflicht der Einsichtnahme hat. Nur für die Deliktseinheit gilt der Verbrauch der Strafklage, d. h. für alle unselbständigen Einzelhandlungen des fortgesetzten Delikts.

Der Verbrauch der Strafklage tritt bei fortgesetzten und Kollektivdelikten für alle bis zur Verkündung des Urteils begangenen Fälle ein.

Die nach diesem Zeitpunkt begangenen Einzelfälle werden von der Rechtskraft des Urteils nicht mehr umfaßt, weil der Richter nicht die rechtliche Möglichkeit hatte, sie zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen und seine Entscheidung auf sie auszudehnen[6]).

Erstreckt sich nach den Begriffen des materiellen Rechts die fortgesetzte Straftat über das Urteil hinaus, so wird dieses oder genauer der Zeitpunkt der Urteilsverkündung zum Beginn einer neuen Straftat, die dann nur selbständig abgeurteilt werden kann. „Diese Folge tritt mit Rechtsnotwendigkeit ein, ohne Rücksicht auf Willensentschlüsse, insbesondere dem Vorsatz des Angeklagten, kraft Gesetzes, also auch ohne Rücksicht darauf, ob der Angeklagte von der Verkündung des Urteils Kenntnis erhalten hat oder nicht[7]).“

Dies gilt jedoch nur für die in Rechtskraft erwachsenden Urteile. Wird aber ein Rechtsmittel eingelegt, so ist zu unterscheiden: Wird das Rechtsmittel zuungunsten des Angeklagten eingelegt und das erstinstanzliche Urteil aufgehoben, so werden alle bis zur Verkündung des Berufungs- bzw. Revisionsurteils begangenen und in den Kreis der Deliktseinheit fallenden Einzelhandlungen von dem Grundsatz ne bis in idem erfaßt[8]); denn dieses Berufungsurteil bzw. Revisionsurteil tritt jetzt an Stelle des Ersturteils, welches in diesem Zusammenhang ignoriert werden kann.

---

4) Ebenso Höpfner, Bd. II, S. 210.
5) S. 30.
6) Bennecke-Beling, S. 414; Höpfner, Bd. II S. 214; Bockshammer, S. 46.
7) RG. 51/253.
8) RG. 51/255; Feisenberger, S. 352.

Wird durch die Berufung zugunsten des Angeklagten das erste Urteil aufgehoben, so umfaßt der Verbrauch der Strafklage in bezug auf ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt nur die bis zum Zeitpunkt der Verkündung des Ersturteils begangenen Einzelhandlungen. Von hier an beginnt ein neues (fortgesetztes oder Kollektiv-) Delikt.

Der Grund liegt darin, daß für das Berufungs- bzw. Revisionsgericht nicht die Möglichkeit der Erstreckung des Urteils auf die nach der ersten Urteilsverkündung begangenen Einzelhandlungen vorhanden war. Diese war durch das Verbot der reformatio in peius ausgeschlossen. Würde nämlich das Urteil auf die Berufung des Angekagten hin aufgehoben, so dürfte das neue Urteil auf keine härtere Strafe als das frühere erkennen. Dies schließt aber praktisch eine Berücksichtigung der zwischen den beiden Urteilen vorgenommenen Einzelhandlungen des Angeklagten aus, da möglicherweise eine solche Handlung das Urteil zuungunsten des Angeklagten ändern würde[9].

§ 11.

Das frühere Urteil lautet auf ein Kollektivdelikt.

„Soweit das Recht des Gerichts reicht, seine Entscheidung zu erstrecken, soweit reicht der Grundsatz ne bis in idem ohne Unterschied, ob die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit ein Tatbestandsmerkmal oder wie im Falle des § 294 StPO. a. a. O. ein Qualifikationsgrund ist“[1]).

Diesen Grundsatz vertritt das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung für den Umfang des Strafklageverbrauchs in Bezug auf das ein Kollektivdelikt feststellende Urteil. Weiterhin: „Alle Einzelfälle, welche in Gemäßheit des § 264 StPO. aus dem Gesichtspunkte des unter Anklage gestellten Kollektivvergehens in den Kreis der Entscheidung hätten gezogen werden können, sind durch das Urteil erledigt. Das Gericht mag sie gekannt haben oder nicht. Einer weiteren Verfolgung bzw. Aburteilung steht, weil sie infolge der Deliktseinheit unter den Begriff Identität der Tat fallen, der Grundsatz ne bis in idem, also der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen[1]).“

Der Grundsatz ne bis in idem findet dann Anwendung, wenn Identität der Tat gegeben ist. Wir haben ausgeführt, daß für das Kollektivdelikt in gleicher Weise wie für das fortgesetzte Delikt juristische Handlungseinheit anzunehmen ist, d. h. zum Begriff „Tat“ im Sinne des § 264 StPO. gehören alle in den Kreis der Deliktseinheit fallenden Einzelhandlungen. Beim fortgesetzten Delikt setzt dies voraus, daß die unselbständigen Einzelhandlungen aus einheitlichem Vorsatz heraus durch Gleichartigkeit der Einzelakte ein einheitliches Rechtsgut verletzen. Das Kollektivdelikt als Sammelvergehen umfaßt alle Einzelhandlungen, die den Charakter der Gewerbsmäßigkeit Gewohnheitsmäßigkeit oder Geschäftsmäßigkeit an sich tragen.

---

9) Da das Verbot der reformatio in peius neuerdings nicht mehr gilt, dürften auch für den Fall des Rechtsmittels zu Gunsten des Angeklagten die Grundsätze Anwendung finden, die für den Fall des Rechtsmittels zu Ungunsten des Angeklagten gelten.

1) RG. 7/32 ff.

Die Strafklage ist also bei einem ein Kollektivdelikt feststellenden Urteil hinsichtlich aller dieser gewerbs-, gewohnheits- oder geschäftsmäßig begangenen strafbaren Handlungen verbraucht. Dies gilt hinsichtlich aller Fälle, die bis zur Urteilsverkündung begangen wurden, ob sie in der Anklage bezeichnet waren oder nicht. Unerheblich ist, ob ihr Vorhandensein zur Kenntnis des Richters gelangte, ihre rechtliche Prüfung war ihm auf jeden Fall möglich. Darin ist keine Verletzung des § 266 StPO. zu erblicken[2]), weil es sich nicht um eine andere Tat handelt; denn Gegenstand der Urteilsfindung sind alle strafbaren Einzelhandlungen, die zusammen mit den in der Anklage bezeichneten ein Kollektivdelikt bilden. Ebensowenig ist dieses Ergebnis eine Durchbrechung des strafprozeßualen Grundsatzes der materiellen Wahrheitserforschung. Erwähnt der Richter in der Hauptverhandlung einen in der Anklage nicht bezeichneten Einzelfall, so kann der Angeklagte, wenn er in seiner Verteidigung benachteiligt ist, gemäß § 265 StPO. die Aussetzung des Hauptverfahrens verlangen.

Eine Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts hat also die Tat in ihrem ganzen Umfange verbraucht, der aufgestellte Grundsatz des Reichsgerichts ist für diesen Fall anwendbar.

Wird später der Verurteilte wegen einer in die Zeit vor der Urteilsverkündung fallenden Handlung angeklagt, die gewerbs-, gewohnheits- oder geschäftsmäßig begangen wurde, gleichgültig ob diese Eigenschaft für die betreffende Strafrechtsnorm Tatbestandsmerkmal oder Qualifikationsgrund ist, so steht einer neuerlichen Aburteilung der Grundsatz ne bis in idem entgegen, das Verfahren ist einzustellen.

Gegen einen Angeklagten ist wegen Kollektivdelikts, für das das Moment der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit nicht Tatbestandsmerkmal, sondern Qualifikationsgrund ist, auf eine Strafe erkannt und einem späteren Richter liegt ein Fall vor, dessen Begehung in die Zeit vor das frühere Urteil fällt. Der Richter findet nun, daß eine strafbare Handlung vorliegt, die auch in der Form des Kollektivdelikts vorkommt, die aber nicht gewerbs-, gewohnheits- oder geschäftsmäßig begangen wurde, z. B.[3]): A, der gewerbsmäßig das Glückspiel betreibt, wird von einem Freund, der einen letzten Versuch machen will, aus seinen Schulden herauszukommen, gebeten, für ihn einen Abend zu spielen und gibt ihm Geld zum Einsetzen.

Dazu führt B o c k s h a m m e r[4]) aus: Wenn das Gericht feststellt, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildenden Einzelhandlungen ein Kollektivdelikt enthalten, so ist damit nicht nur für die im Urteil festgestellten, sondern auch für alle weiteren vom Standpunkte materieller Wahrheit in den Kreis der Deliktseinheit gehörenden Einzelfälle die Eigenschaft, selbst Handlungen zu sein vereint.

Die Feststellung einer während der Begehungszeit des Kollektivdelikts verübten Einzelhandlung würde einen Widerspruch gegen das rechtskräftige Urteil enthalten; denn in der Feststellung, daß der Angeklagte die fragliche Tätigkeit gewohnheitsmäßig betrieben habe, liege der Ausspruch, daß der An-

---

2) Vgl. Heinrich, S. 19.
3) Beispiel aus Heinrich, S. 21.
4) S. 30.

geklagte bei allen — zeitlich nicht ganz getrennten Tätigkeitsakten von dem Hang zur Fortsetzung beherrscht gewesen sei.

Dieser Ansicht ist nicht beizutreten [4a]). Denn Tat im Sinne des § 264 ist für Kollektivdelikte alle Handlungen die, weil sie „Ausfluß der gleichen Lebensrichtung" sind und das Merkmal der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit an sich tragen zu einer juristischen Einheit zusammen geschlossen werden. Ebenso, wie der frühere Richter die Tat nach allen möglichen, tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen hat, ist es Pflicht des späteren Richters zu entscheiden, ob der ihm vorliegende Fall, eine selbständige Einzelhandlung oder einen unselbständigen Bestandteil des abgeurteilten Kollektivdelikts darstellt.

Aus dem oben angeführten Beispiel erhellt, daß in einem bestimmten Zeitraum gleichartige Handlungen in einem Fall gewerbsmäßig, im anderen Fall nicht gewerbsmäßig begangen werden können, und daß sie vielleicht nicht all zu selten [5]) vorkommen.

Daß in dem vorliegenden Beispiel Identität der Tat nicht vorliegt ist außer Zweifel; denn zur Tat können nur Handlungen gehören, die gewerbsmäßig begangen wurden, nicht aber solche, die diesen Qualifikationsgrund [6]) vermissen lassen.

Die Anwendung des vom Reichsgericht aufgestellten Satzes, daß die verbrauchende Wirkung des Urteils soweit reiche, als damals die Befugnis des Gerichts zur Aburteilung reichte, hält von Kries [7]) auf dem Gebiete des Kollektivdelikts für positiv unrichtig. Er will einen Verbrauch der Strafklage beim Gesamtdelikt nur insoweit zulassen, als die Aburteilung „tatsächlich" stattgefunden hat, nicht aber in dem Umfange, indem sie rechtlich stattfinden konnte. Eine vollkommene Gleichstellung des Kollektivdelikts mit dem Einzeldelikt in dieser Beziehung, sei deshalb nicht zulässig, weil sonst, wie beim Einzeldelikt, bei der ein nach dem rechtskräftigen Urteil eingetretener Erfolg der Handlungen eine neue Aburteilung nicht begründen kann, auch beim Kollektivdelikt die nach dem Urteil begangenen Einzelhandlungen von dem Grundsatz ne bis in idem erfaßt würden, weil juristisch ihrer Berücksichtigung beim ersten Urteil nichts im Wege stand.

Diese Folgerung beruht auf einem unzulässigen Vergleich des Kollektivdelikts mit einem durch einen Erfolg qualifizierten Einzeldelikt. Daß für eine solche Gegenüberstellung kein Raum vorhanden ist, geht schon aus der Tatsache hervor, daß es beim Kollektivdelikt nicht auf einen Erfolg der Handlung ankommt, sondern daß es mehrere zu einer juristischen Handlungseinheit zusammen geschlossene Einzelhandlungen darstellt, die nur auf Grund von neuen Willensbetätigungen des Täters begangen werden können. Bei der genannten, durch den Erfolg qualifizierten Einzelhandlung dagegen tritt dieser Erfolg ohne Handlungen, ja vielleicht ohne Wissen und Willen des Täters ein.

Auch ist es nicht zutreffend, daß für den Richter zur Zeit der Urteilsfällung die rechtliche Möglichkeit der Berücksichtigung bestand, denn „Tat" ist

---

4a) Ebenso John, S. 286.

5) Wie Bockshammer annimmt.

6) „Nicht Tatbestandsmerkmale", wie Heinrich, S. 20.

7) S. 599 ff.

ein historischer Vorgang des Strafprozesses, durch die Elemente des strafrechtlichen Tatbestandes als Einheit abgegrenzt. Die nach dem Urteil begangene Einzelhandlungen konnten aber zur Zeit seiner Verkündung noch kein historisches Vorkommnis sein.

Außerdem ist für den Umfang der Tat beim Kollektiv wie beim fortgesetzten Delikt nicht der Vorsatz des Täters maßgebend, sondern aus praktischen Erwägungen wurde die Urteilsverkündung, als Abschluß einer Sammelstraftat angesehen, selbst dann, wenn der Täter von der Urteilsverkündung keine Kenntnis hat[8] [9]).

§ 12.

Die frühere Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen eines oder mehrerer Einzeldelikte.

1. Es ist bei der Beurteilung dieser Frage davon auszugehen, ob sich die Rechtskraft des Urteils auch auf die (ausdrückliche oder stillschweigende) Feststellung des Erstrichters bezieht, daß die abgeurteilten mehreren selbständigen Einzelhandlungen auch nur Einzelhandlungen sind und zu anderen Handlungen des Angeklagten in keinem, eine Deliktseinheit begründenden Verhältnis stehen.

Wir haben gefunden, daß es die Entscheidung über die Tat ist, welche in Rechtskraft erwächst. „Tat" ist aber ein historischer Vorgang, abgegrenzt durch die Elemente des strafrechtlichen Tatbestandes. Hat nun der frühere Richter das historische Vorkommnis aus irgendeinem Grunde nicht in seiner ganzen Gestalt erkennen können, so ergibt sich hieraus kein anderer Umfang der Rechtskraft der Tat. Rechtskräftig wird die Entscheidung über die Tat, nicht aber auch die Feststellung des früheren Richters über den Umfang der Tat, also in welchem Verhältnis einige von dem Richter abgeurteilten Handlungen zu anderen, ihm nicht bekannten stehen[1]). Die Qualifikation der Tat zu einem bestimmten Delikt wird nur insoweit rechtskräftig, als der frühere Richter erkennen konnte.

Wird beispielsweise der Angeklagte wegen dreier selbständiger Unterschlagungen verurteilt, so ist damit nicht verneint, daß der Angeklagte in einer weiteren Einzelhandlung eine weitere Unterschlagung begangen hat, auch nicht, daß eine solche weitere Unterschlagung mit einer der festgestellten Unterschlagung zusammen ein fortgesetztes Delikt bilde. Durch ein solches Urteil wird ferner nicht ausgeschlossen, daß etwa zwischen den festgestellten Unterschlagungen vorhandene Zwischenglieder von Unterschlagungen jene festgestellten Fälle in der Weise zu einer zusammenhängenden Kette von Unterschlagungen zusammenschmieden, daß die ursprünglichen Fälle als Glieder eines fortgesetzten Delikts erscheinen. Verneint ist nur, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildende Tat, so wie sie vorliegt, also die konkreten Einzelfälle für sich betrachtet, ein fortgesetztes Delikt bilden.

---

8) Vgl. S. 33 d. Arbeit.
9) Vgl. auch Bockshammer, S. 44.
1) Wie dies bei Urteilen, die ein Gesamtdelikt feststellen, der Fall ist.

Für den über die Identitätsfrage entscheidenden Richter ist also rechtskräftig festgestellt [2]) nur, daß die Tat in der Gestalt, wie sie dem früheren Richter zur Beurteilung vorlag, ein oder mehrere selbständige Delikte bildet, nicht ist dies in einer ihn bindenden Weise auch für die Tat in ihrer sich etwa ergebenden, weitere Einzelfälle umfassenden Gestalt festgestellt [3]).

Daher kann der spätere Richter unter Zugrundelegung seiner Ermittlungen nach eigener Ueberzeugung feststellen, ob Identität der Tat vorliegt oder nicht, selbst wenn er zu einem anderen Ergebnis gelangt, als dem in dem rechtskräftigen Urteil zum Ausdruck gebrachten [4]).

Mit dieser Frage hat sich das Reichsgericht hauptsächlich in folgendem Fall beschäftigt [5]): Der frühere Richter hatte den Angeklagten wegen sieben selbständiger Unterschlagungen verurteilt. Der spätere Richter hatte nun darüber zu entscheiden, ob weitere 23 neu ermittelte Fälle zusammen mit zwei der abgeurteilten ein fortgesetztes Delikt bilden könnten.

Der Senat führte aus: „Durch das rechtskräftige Urteil ist die Tat insoweit konsumiert und jeder nochmaligen Aburteilung entzogen, als sie den Gegenstand des rechtskräftigen Urteils gebildet hat und innerhalb der Grenzen statthafter Klageänderungen bilden konnte. Dagegen ist die Annahme der Identität dann ausgeschlossen, wenn die neuerdings unter Anklage gestellte Tat zu der den Gegenstand der rechtskräftigen Aburteilung bildenden im Verhältnis der Realkonkurrenz steht, die Erstreckung des früheren Urteils auf dieselbe daher nur beim Vorhandensein der im § 265 der Strafprozeßordnung bezeichneten Voraussetzungen statthaft gewesen sein würde.“ Weiterhin [6]): „Wegen zweier selbständiger Straftaten ist gegen den Angeklagten auf Strafe erkannt, und dieses Urteil ist in Rechtskraft ergangen. Insoweit ist aber auch der Inhalt dieses rechtskräftigen Urteils für den später erkennenden Richter bei Beurteilung der Frage maßgebend, ob die ihm vorliegende Tat identisch mit der rechtskräftig abgeurteilten ist. Er ist nicht befugt, sich hierbei in direkten Widerspruch mit dem früheren Urteil zu setzen und abweichend von diesem und in den Bestand desselben eingreifend festzustellen, daß diese rechtskräftig für selbständige, je als durch verschiedene Handlungen begangen erachteten Straftaten dieser Selbständigkeit entbehren und nur unselbständige Bestandteile eines von ihm als vorhanden angenommenen anderweiten Delikts seien.“

In dieser Begründung geht das Reichsgericht in der Prüfung der Identitätsfrage von dem rechtskräftigen Urteil aus und weicht damit von dem Grundsatz ab, daß Identität insoweit gegeben sei, als die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte. Es kann auch nicht von Bedeutung sein, wie der frühere Richter bei Kenntnis der weiteren Unterschlagungsfälle geurteilt hätte, sondern wie er die Tat wirklich erkannt hat.

Für den Fall, daß in dem rechtskräftigen Urteil nur ein Einzeldelikt festgestellt wurde, gilt grundsätzlich dasselbe, als wenn es mehrere selbstän-

---

2) Vgl. § 9 d. Arbeit am Ende.
3) Bockshammer, S. 31.
4) Bennecke-Beling, S. 418; Höpfner, S. 211; Glaser, Handb., S. 40; Heinrich, S. 34; Bockshammer, a. a. O.
5) RG. 15, S. 28.
6) RG. a. a. O.

dige Einzeldelikte bezeichnet. Mit der Annahme eines Einzeldelikts steht zwar rechtskräftig fest, daß dieses Delikt ein Einzeldelikt ist, jedoch ist über den Umfang der Tat nichts gesagt. „Ueber das Verhältnis zu anderen Vorgängen steht gar nichts fest. Das frühere Urteil stellt nicht rechtskräftig fest, daß der Vorsatz des Angeklagten sich nicht über eine gewisse Grenze hinaus erstrecke. Träfe es eine solche Feststellung, so wäre sie als bloßer Entscheidungsgrund der Rechtskraft unfähig. Wenn aber in dem früheren Verfahren von anderen gleichartigen Handlungen gar nicht die Rede gewesen ist, so hat es dem früheren Richter gänzlich ferngelegen, eine derartige Feststellung treffen zu wollen, und man legt, wenn man dies behauptet, einfach etwas in das Urteil hinein. Diesen Fehler begehen das Reichsgericht und Farnbacher[7])."

Auch in dieser Frage vertritt das Reichsgericht den Standpunkt, daß mit der Annahme eines selbständigen Einzeldelikts die Fortsetzung verneint sei: „Der Eröffnungsbeschluß, auf dem das Urteil beruht, hatte nur einen Betrug zum Gegenstande und im Urteil hat das Gericht diesen Betrug nicht als Teil einer abzuurteilenden Gesamttat aufgefaßt, sondern ist nur von dem erwähnten Sch. die Rede. Nirgends aber findet sich eine solche Andeutung, daß das Gericht diesen Fall nicht als selbständige abgeschlossene Handlung, sondern nur als Glied einer Kette auffasse und bestraft haben wolle. Demnach war die Feststellung im späteren Urteil, der Vorsatz des Angeklagten habe schon bei dem Betrug zum Nachteil des Sch. sich weiter erstreckt, als im früheren Urteil angenommen, und habe insbesondere die ganze Reihe der jetzt unter Anklage gestellten Täuschungen und Vermögensbeschädigungen mit umfaßt, nur auf Grund neuer Prüfung des bereits durch rechtskräftiges Urteil erledigten früheren Falles möglich — somit unstatthaft[8])."

Diese Entscheidung billigt Löwe-Rosenberg[9]). Das fortgesetzte Delikt setze begrifflich eine Mehrheit von Einzelfällen voraus. Solange der Richter nur einen einzigen Fall feststellen könne, habe er gar nicht die rechtliche Möglichkeit, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines fortgesetzten Delikts eine Entscheidung zu fällen. Er könne und wolle nur eine selbständige Handlung feststellen. Auch müßte es in der Praxis zu großen Mißständen führen, wenn z. B. ein Hochstapler oder ein Taschendieb, der einmal ertappt wird, durch die Verurteilung dieses Einzelfalles der Strafe für ein ganzes Verbrecherleben entgehen könnte.

Dieses letzte Argument ist zwar einleuchtend, jedoch spricht die erste Begründung gerade gegen die angeführte Entscheidung. Es wird damit zugegeben, daß der Richter die rechtliche Möglichkeit der Einsichtnahme in die Tat wohl gehabt hätte und damit die Möglichkeit, weitere Einzelhandlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, sofern er die Einzelhandlung als Bestandteil eines fortgesetzten Delikts angesehen haben würde. Diese Begründung würde aber schon voraussetzen, daß dem Richter ein crimen zum Gegenstand der Urteilsfindung vorgelegt würde, nicht aber in erster Linie ein historisches Vorkommnis, das er im Umfang des § 264 StPO. nach allen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen hat.

---

7) Höpfner, S. 210; dagegen Farnbacher, S. 44.
8) RG. 26, S. 164.
9) S. 414.

Für die beiden Möglichkeiten, ob das frühere Urteil mehrere selbständige Einzeltaten feststellt, bzw. ob es nur eine Einzeltat ausspricht, gelten sonach die gleichen Grundsätze. Im letzteren Fall tritt die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht dadurch noch deutlicher hervor, daß der Richter, dem nur ein Einzelfall zur Beurteilung vorlag, über das Verhältnis dieses zu anderen Handlungen des Angeklagten überhaupt nichts aussagen kann. Es ist sonach die Anschauung abzulehnen, mit der Feststellung realkonkurrierender Einzeldelikte oder eines Einzeldelikts sei die Fortsetzung bindend verneint. Mit dieser Anschauung ist nämlich eine unzulässige Erweiterung des Umfanges der Rechtskraft verbunden, die vom Reichsgericht in anderen Entscheidungen [10]) mit Recht abgelehnt wird.

2. Hinsichtlich der Kollektivdelikte wird die soeben behandelte Frage nur bedeutsam bei solchen Kollektivdelikten, für die die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Qualifikationsgrund ist.

Stellt das rechtskräftige Urteil bezüglich solcher Delikte eine selbständige Einzelhandlung fest, so hat es damit, analog wie für das fortgesetzte Delikt, lediglich ausgesprochen, daß nur hinsichtlich der vom Richter zur Urteilsfindung gemachten Einzelhandlung die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit verneint ist. Dies ist jedoch, wie im folgenden gezeigt wird, lediglich eine tatsächliche Feststellung, die nicht der Rechtskraft fähig ist.

Es sei an Hand eines Beispiels die Untersuchung vorgenommen: Der Eröffnungsbeschluß gegen den Angeklagten lautete auf gewerbsmäßige Wilderei, das Urteil verneinte die Gewerbsmäßigkeit und verurteilte ihn wegen eines einfachen Delikts. Nach Rechtskraft des Urteils wird gegen den Angeklagten, nunmehr Verurteilten, erneut Anklage erhoben, wieder wegen gewerbsmäßigen Jagdvergehens. Der neuen Anklage lag ein neu ermittelter Fall zugrunde, dessen Begehung in die Zeit vor der Verkündung des früheren Urteils fiel. Der spätere Richter stellte nun fest, daß dieser Fall zusammen mit dem abgeurteilten Einzeldelikt ein Kollektivdelikt bildet. Das Reichsgericht mißbilligte diese Ansicht und führte aus [11]):

„Es handelt sich um die verbrauchende Wirkung eines Urteils, welches die Gewerbsmäßigkeit verneint und nur wegen eines Einzelfalles Strafe verhängt hatte. In einem solchen Falle ist eine Strafverfolgung und Verurteilung wegen eines weiteren in die Zeit vor der Verurteilung fallenden Einzelfalles unbedenklich. Das Urteil des Vorprozesses, soweit es eine Verurteilung enthält, schützt den Angeklagten gegen eine Verfolgung wegen des abgeurteilten Einzelfalles. Insoweit die Frage der Gewerbsmäßigkeit verneint ist, verhindert das Urteil eine Verfolgung desselben Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Vergehens aus Handlungen, welche ausschließlich in die Zeit vor dem Urteil fallen [12]). Dagegen sind die Einzelfälle, welche der Richter des Vorprozesses, wenn er sie gekannt hätte, bei Feststellung der Gewerbsmäßigkeit zu berücksichtigen befugt und verpflichtet gewesen wäre, durch die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit nicht zur Aburteilung gelangt."

---

10) Zwei unveröffentl. Urteile des RG., zitiert bei Löwe-Rosenberg, S. 414; 19. Aufl. 511.

11) RG. 23, S. 230.

12) Nach Löwe-Rosenberg, S. 413 soll die Möglichkeit einer nachträglichen Verurteilung in diesem Fall von der besonderen Lage des Falles abhängen.

Dieses Ergebnis folgt aus der unzulässigen Annahme, die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit für das abgeurteilte Einzeldelikt sei rechtskräftig und bindend festgestellt. Die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit ist aber nicht Inhalt der Entscheidung, sondern bloße entscheidungsbegründende tatsächliche Feststellung und nimmt an der Rechtskraft nicht teil [13]).

Kommt also der spätere Richter zu der Ueberzeugung, daß der abgeurteilte Einzelfall mit dem vorliegenden gewerbsmäßigen Fall ein einheitliches Delikt bildet, so muß er das Verfahren einstellen.

Dieselben Grundsätze gelten natürlich auch dann, wenn die rechtskräftige Entscheidung auf mehrere selbständige Einzelhandlungen erkannt hat. In dieser Frage hat jedoch das Reichsgericht [14]) seine für den vorhergehenden Fall eingenommenen Standpunkt nicht vertreten.

Das Urteil bezog sich auf drei selbständige Handlungen der Wilderei. Auf Grund einer neuen Anklage wegen zwei Fällen, deren Begehung in die Zeit vor die Urteilsverkündung fiel, stellte der spätere Richter fest, daß der Angeklagte in der fraglichen Zeit die Wilderei gewerbsmäßig betrieben habe, und daß hinsichtlich der neu ermittelten Fälle der Grundsatz ne bis in idem Anwendung finden müsse.

Dem stimmt das Reichsgericht zu: „Gewiß wäre in Betracht des Vorprozesses jetzt eine Verurteilung des Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Jagdbetriebes unzulässig gewesen, aber die Beurteilung des rechtlichen Charakters der Handlungsweise des Angeklagten stand dem Instanzgericht frei. Faßte es die zwei Fälle nicht als selbständige Straftaten, sondern als Teile eines Gesamthandelns des Angeklagten im Sommer 1884 auf, und ist seine Annahme einer gewerbsmäßigen unbefugten Jagdausübung von der Beschwerde angefochten geblieben, so erscheint seine Ansicht nicht rechtsirrig, daß eine weitere Bestrafung des Angeklagten wegen des unbefugten Jagens während des angegebenen Zeitraumes nicht erfolgen könne.... Die Wirkung der Rechtskraft tritt jedoch nicht bloß bei solchen Entscheidungen ein, welche ein Einheitsvergehen feststellen, sondern auch dann, wenn der Tatbestand der Einheit zugunsten des Angeklagten ausdrücklich, stillschweigend oder mittelbar verneint wird."

Diese Entscheidung läßt nun allerdings eine Begründung darüber vermissen, warum der spätere Richter durch die Rechtskraft nicht gehindert wird, entgegen der Ansicht des früheren Richters hier ein Kollektivdelikt anzunehmen [15]). Dies mußte klargestellt werden, weil es die Kernfrage des ganzen Problems bedeutet [16]).

Das Resultat der Entscheidung läßt jedoch darauf schließen, daß sie hinsichtlich des Umfanges der Rechtskraft mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmt.

In diesem Zusammenhang ist noch folgendes zu erwähnen: In der oben [17]) angeführten Entscheidung vertritt das Reichsgericht die Ansicht, daß durch die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit rechtskräftig festgestellt sei,

---

13) Ebenso Bockshammer, S. 31, 33, 52; a. A. Höpfner, S. 207.
14) RG. 7, S. 670.
15) Vgl. Bockshammer, S. 53.
16) Bockshammer a. a. O.; Heinrich, S. 37.
17) RG. 23, S. 230. Siehe S. 40.

alle in die Zeit vor der Urteilsverkündung fallenden Handlungen des Angeklagten würden dieses Merkmal nicht an sich tragen. Diese Annahme kann nicht zutreffen. Die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit bindet, wie ausgeführt wurde, den späteren Richter überhaupt nicht, da es sich um eine tatsächliche Feststellung handelt. Außerdem kann der frühere Richter Feststellungen nur hinsichtlich derjenigen Fälle treffen, die er zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht hat.

§ 13.

Die frühere Entscheidung lautet auf Freisprechung.

Die Lösung der Frage nach der Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem bei freisprechenden Urteilen muß sich natürlich auch wieder auf den Umfang der Rechtskraft stützen.

Für den späteren Richter steht fest, daß die Tat, wie sie dem früheren Richter vorlag, eine Verurteilung nicht ermöglichte, daß der Angeklagte sich der strafbaren Handlung nicht schuldig gemacht habe. Dieser Ausspruch ist in Rechtskraft erwachsen [1]). Der Feststellung, ob die Schuld nicht erwiesen ist oder ob erwiesen ist, daß eine Schuld nicht vorliege, kommt jedoch nur deklaratorische Bedeutung zu, sie ist demnach der Rechtskraft unfähig [2]).

Wird der Angeklagte von der Anklage eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts freigesprochen und wird nach Rechtskraft des Urteils auf Grund neuer Ermittlungen wieder Anklage erhoben wegen solcher Handlungen, deren Begehung in die Zeit vor der Urteilsverkündung fällt, so kann der über die Identitätsfrage entscheidende Richter feststellen, daß die neu angeklagten Handlungen mit den rechtskräftig freigesprochenen eine juristische Handlungseinheit bilden. Diese Feststellung muß dann aber zur Einstellung des Verfahrens führen, weil Identität der Tat vorliegt. Einer Verurteilung wegen einer juristischen Handlungseinheit würde der Grundsatz ne bis in idem entgegen stehen.

Kommt der spätere Richter zu demselben Ergebnis wie der frühere, daß die freigesprochenen Handlungen des Angeklagten nicht strafbar sind, also keine Taten im Sinne der Strafprozeßordnung darstellen, so ist eine Prüfung nach einer Identität zwischen jenen Handlungen und der neuerlich zur Anklage gebrachten überflüssig. Sie liegt deshalb nicht vor, weil die straflosen Taten keine Taten im Sinne des Strafprozeßrechtes darstellen. Juristische Handlungseinheiten können jedoch nur von einzelnen strafbaren Handlungen gebildet werden, Nichttaten können in diesen Kreis nicht einbezogen werden [3]).

1. Zu diesen Fragen hat das Reichsgericht verschiedene Male Stellung genommen. Insbesondere gab folgender Fall Anlaß zu einer Entscheidung, die an dieser Stelle erörtert werden soll.

---

1) Vgl. § 9 d. Arbeit.
2) Bockshammer, S. 35.
3) Höpfner, S. 212; Löwe-Rosenberg, S. 413.

Der Angeklagte hatte durch zwei Schreiben einen anderen beleidigt und wurde vom früheren Richter freigesprochen. Nach Rechtskraft des Urteils erging erneut Anklage, weil der Angeklagte in derselben Zeit durch mündliche Aeußerungen dieselbe Person in der Ehre verletzt hatte.

Der spätere Richter stellte nun fest, daß die neu ermittelten Handlungen des Angeklagten unselbständige Teile eines fortgesetzten Delikts der Beleidigung darstellen. Zwei in den Kreis der Deliktseinheit fallende Handlungen waren durch das frühere rechtskräftige Urteil erledigt. Demgemäß gelangte der spätere Richter zu dem Ergebnis, daß dadurch die Strafklage für das ganze fortgesetzte Delikt verbraucht sei, und stellte das Verfahren ein. Gegen diese Entscheidung wendet sich das Reichsgericht[4]):

„Das Landgericht hat den durchgreifenden Unterschied übersehen, der durch die Freisprechung für die Behandlung der Frage nach dem Verbrauch der Strafklage begründet. Die erste Voraussetzung für die Annahme einer fortgesetzten Straftat ist, daß überhaupt eine Straftat vorliegt. Nur strafbare Einzelhandlungen können zu dem Rechtsbegriff einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßt werden. Eine Mehrheit nicht strafbarer Handlungen ist für das Strafrecht etwas gleichgültiges; sie können weder unter sich noch mit anderen Handlungen — seien diese strafbar oder nicht — eine fortgesetzte strafbare Handlung bilden." In dieser Hinsicht entspricht diese Begründung zwar dem hier vertretenen Standpunkt. Jedoch geht sie davon aus, daß durch ein freisprechendes Urteil ohne weiteres eine Nichttat festgestellt sei.

Dies würde jedoch den späteren Richter hindern, völlig frei die Identitätsfrage zu prüfen. Er kann aber doch zu einem Ergebnis kommen, das dem früheren Urteil widerspricht, nur darf er nicht in einer neuen Entscheidung Feststellungen leugnen, die durch das frühere Urteil Rechtskraft erlangt haben. Im vorliegenden Fall hat der spätere Richter die Meinung des früheren Richters, daß die Beleidigung in den beiden Briefen keine strafbaren Handlungen darstellen, nicht geteilt. Demnach war die Annahme eines fortgesetzten Delikts mit anderen strafbaren Handlungen möglich und die Einstellung des Verfahrens bestand wegen Identität der Tat zu Recht. Im Sinne des Reichsgerichts wäre zu entscheiden, wenn auch der spätere Richter zu der Erkenntnis gelangt, daß die freigesprochenen Fälle Nichttaten darstellen.

Beling[5]) wendet sich gegen mehrere gleichartige Entscheidungen des Reichsgerichts mit seiner Lehre von hypothetisch strafbaren Tat.

Auch er geht dabei von deem Satze aus, daß der Grundsatz ne bis in idem soweit reiche als die Befugnis des Gerichts zur Aenderung der Klage. „Tat" im prozessualen Sinne sei aber die hypothetisch strafbare Tat, fortgesetztes Delikt das hypothetisch fortgesetzte Delikt: „Es sind der in der Klage bezeichneten Einzelhandlung alle im Fortsetzungszusammenhang mit ihr stehenden ohne Rücksicht darauf hinzuzudenken, ob jener Urbestandteil des Ganzen und ob die hinzukommenden überhaupt geschichtliche Vorkommnisse und ob sie strafbar sind. Ob alle so gesammelten Bestandteile des hypothetischen Ganzen straftbar, ob keiner von ihnen strafbar, ob einige strafbar, andere

4) RG. 47, S. 399 ff.
5) JW. 31, S. 216; JW. 25, S. 1010; Lehrbuch, S. 267; Bennecke-Beling, S. 414.

es nicht sind, ist eine Frage, die nicht die Erfassung des Gegenstandes, über den zu urteilen ist, sondern erst den Inhalt des Sachurteils angeht..... Nimmt man nun hinzu, daß das historische Ereignis als ganzes, das zur Aburteilung als Prozeßgegenstand Recht und Pflicht des Gerichts war, für den Umfang der Rechtskraft maßgebend ist, einerlei, ob das Gericht alle seine Bestandteile gesehen hat oder nicht, so folgt in gerader Linie, daß jedes Sachurteil das Strafklagerecht für das ganze fortgesetzte Delikt verbraucht, auch für solche ihm angehörenden Einzelhandlungen, die im Prozeß nicht zum Vorschein gekommen waren." Diese Ausführungen entsprechen im Ergebnis der hier vertretenen Ansicht.

Von Lilienthal[6]) will im Falle der Freisprechung eine unterschiedliche Behandlung eintreten lassen. Maßgebend soll dabei sein, worauf sich die Prüfung und Entscheidung erstreckt hat, ob auf ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt oder auf ein Einzeldelikt. Die Widerlegung dieser Ansicht ergibt sich aus der hier vertretenen Stellungnahme[7]). Die Freisprechung kann die Tateinheit nicht bezüglich der Fälle verneinen, die dem Gericht bei der Aburteilung gar nicht bekannt waren.

2. Das freisprechende Urteil hat bei den Kollektivdelikten dieselben Wirkungen, gleichviel, ob die Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit Qualifikationsgrund oder Tatbestandsmerkmal ist.

Handelt es sich um ein Kollektivdelikt, dessen gewerbs-, gewohnheits- oder geschäftsmäßige Begehung als erschwerender Umstand erscheint, so enthält das freisprechende Urteil, wie beim fortgesetzten Delikt, den rechtskräftigen Ausspruch, daß die Einzelhandlungen keine Straftaten sind. Auch die anderen für das fortgesetzte Delikt aufgestellten Grundsätze sind hier analog anzuwenden.

Die Feststellung, warum der Angeklagte der Tat nicht schuldig ist, kann als tatsächliche Feststellung nicht in Rechtskraft erwachsen, weshalb es einem späteren Richter unbenommen ist, neu hinzukommende Fälle mit den freigesprochenen als einheitliches Delikt anzusehen und wegen Identität der Tat das Verfahren wegen der neu ermittelten Handlungen einzustellen.

Das Reichsgericht hat diese Frage in folgender Entscheidung behandelt:

Der Angeklagte war von der Begehung der gewerbsmäßigen Hehlerei freigesprochen; nach Rechtskraft des Urteils erging erneut Anklage wegen eines neuen Falles der Hehlerei, dessen Begehung in die Zeit vor Verkündung des rechtskräftigen Urteils fiel. Das Reichsgericht führt hierzu aus: „Auch hier bildet beim Wegfall der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit nur das konkrete, in der Anklage bezeichnete historische Vorkommnis den den Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung bestimmenden Anklagestoff, und erst recht das wirkliche Vorhandensein der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit bringt es kraft der dadurch begründeten Deliktseinheit mit sich, daß auch die in der Anklage nicht bezeichneten historischen Einzelfälle des strafbaren Tuns mitumfaßt und ergriffen werden, weil sie dann nicht mehr als selbständige Straftaten, sondern als bloße Bestandteile der Gesamthandlungen in Betracht kommen. Dementsprechend ist die Wirkung der Rechts-

---

[6]) S. 846, JW. 1921.

[7]) Und aus der oben zitierten Ansicht Belings.

kraft eines Urteils, welches die Verurteilung wegen eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts ausspricht, eine weitergehende als die der Freisprechung von der Anklage eines solchen Delikts. Die Verurteilung erstreckt sich von selbst auf alle diesen Delikten angehörenden Einzelhandlungen, welche in die Zeit vor dem Urteile fallen und absorbiert somit die Strafklage auch bezüglich der aus dieser Zeit nicht bekannt gewordenen Einzelfälle, während die Freisprechung zwar auch bezüglich dieser letzteren Fälle eine erneute Verfolgung wegen gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Vergehens ausschließt, eine weitere konsumierende Wirkung auf die Strafklage aber nur bezüglich derjenigen konkreten Einzelhandlungen ausüben kann, welche in der Anklage vorgebracht und damit Gegenstand der Aburteilung geworden sind [8])[9])."

Dieser Begründung kann nicht zugestimmt werden. Wie bei dem ein oder mehrere selbständige Einzeldelikte feststellenden Urteil geht auch hier das Reichsgericht von der rechtskräftigen Verneinung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit aus. Wird der Angeklagte von der Anklage der Hehlerei freigesprochen, so kann dies nur geschehen, wenn die strafbare Handlung nicht nachgewiesen werden konnte, oder wenn sie nicht schuldhaft begangen wurde; eine Verneinung der Gewerbsmäßigkeit hätte zum mindesten eine Verurteilung wegen einfacher Hehlerei nach sich ziehen müssen. Eine solche Verneinung kann jedoch nicht derart generell geschehen, daß sie für sämtliche Handlungen gilt, die der Angeklagte bis zur Urteilsverkündung begangen hatte, sondern lediglich für die dem Gericht bekannt gewordenen Fälle.

Gelangt demnach der spätere Richter zu der Ueberzeugung des Erstrichters, daß die freigesprochenen Handlungen den Deliktbegriff wirklich nicht erfüllen, so konnte Identität der Tat nicht vorliegen; die neuen Handlungen können dann in jeder beliebigen Qualifikation zur Aburteilung gelangen. Eine Einstellung des Verfahrens wegen des neuen Falles mußte jedoch erfolgen, wenn der spätere Richter in den freigesprochenen Handlungen des Angeklagten strafbare Hehlereiakte erblickte, die wie die neue Handlung gewerbs- oder gewohnheitsmäßig begangen wurden und mit dieser ein Kollektivdelikt bilden.

Dieser Auffassung entspricht in der Begründung eine neuere Auffassung des Reichsgerichts [10]). Der erkennende Senat hält eine spätere Verurteilung wegen einer Sammelstraftat, die sich aus mehreren vor dem früheren Urteil begangenen Einzelhandlungen zusammensetzt, zum mindesten dann nicht für ausgeschlossen, wenn die im früheren Urteil erkannte Freisprechung wegen Nichterweislichkeit der Täterschaft geschehen und damit die Frage der Gewerbsmäßigkeit gegenstandslos geworden war.

Bezieht sich die Freisprechung auf ein solches Kollektivdelikt, bei dem die Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit Tatbestandsmerkmal ist, so enthält das freisprechende Urteil nicht auch den Ausspruch, daß die zur Aburteilung gestandenen Einzelhandlungen den Deliktsbegriff nicht erfüllen,

---

[8]) RG. 24, S. 419.

[9]) Inwieweit das Ergebnis der Entscheidung der hier vertretenen Ansicht entspricht, kann nicht festgestellt werden, es soll deshalb nur auf die Begründung eingegangen werden.

[10]) RG. 66, S. 19 ff., insbesondere S. 26.

da schon wegen Fehlens der genannten Eigenschaften freigesprochen werden muß. In den Wirkungen hinsichtlich der freisprechenden Erkenntnisse ergeben sich für beide Arten der Kollektivdelikte keine weiteren Unterschiede, weshalb von einer eingehenderen Behandlung Abstand genommen werden kann.

Als Beispiel sei noch folgender Fall angeführt. Die Angeklagten waren von der Anklage des gewerbsmäßigen Glücksspiels freigesprochen. Nach Rechtskraft des Urteils wurde ein neuer Fall des gewerbsmäßigen Glücksspiels ermittelt, dessen Begehung in die Zeit vor der Urteilsverkündung fiel.

Das Ergebnis der hierüber getroffenen reichsgerichtlichen Entscheidung entspricht ganz den hier dargelegten Grundsätzen, jedoch wurde es mit der folgenden Begründung erreicht: „Aus der Natur des in § 284 StGB. vorgesehenen Kollektivdelikts ergibt sich hiernach, daß durch das freisprechende Urteil die Strafklage wegen der gesamten unter dem Gesichtspunkt des gewerbsmäßigen Handels fallenden Tätigkeit des Angeklagten bis zum Tage des Urteils verbraucht wurde. Eine vor diesem Tage liegende Tätigkeit, wie sie das jetzige Urteil feststellt, konnte mithin nicht zum Gegenstand einer neuen Anklage wegen des gleichen Kollektivdelikts gemacht werden, gleichviel ob dem Gericht diese Vorgänge bekannt waren oder nicht [11])."

Demnach wäre eine Verurteilung der neu ermittelten Handlung als gewerbsmäßiges Glücksspiel unmöglich. Im vorliegenden Fall mußte der spätere Richter die freigesprochenen Fälle zur Bestimmung der Identität der Tat mit heranziehen. Hat er die Meinung des früheren Richters nicht geteilt, also in den freigesprochenen Handlungen strafbare Handlungen erblickt [12]), so durfte er sie zur Bestimmung der Identität mit heranziehen. Fand er, daß sie mit dem neuen Fall ein einheitliches Delikt bilden, so mußte für diesen der Grundsatz ne bis in idem Anwendung finden. Auf diesem Wege war das Ergebnis der reichsgerichtlichen Entscheidung zu erzielen.

Bildeten die freigesprochenen Fälle auch nach Ansicht des späteren Richters keine strafbaren Handlungen, so war Identität der Tat ausgeschlossen. Der neu ermittelte Fall konnte in jeder beliebigen Qualifikation zur Aburteilung gebracht werden.

Die Begründung des Reichsgerichts geht jedoch auch hier für die Bestimmung der Identität von dem rechtskräftigen Urteil aus [13]). Damit mußte sie zu der Behauptung kommen, daß eine Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts nicht mehr stattfinden könne. Dies wurde soeben widerlegt.

---

11) RG. 26, S. 299.
12) Dazu war er infolge des freirichterlichen Prüfungsrechtes berechtigt.
13) Vgl. Bockshammer, S. 60.

III. Schluß.

§ 14.

Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch und Strafvollzugsgesetz von 1929 bringt eine Gleichstellung der Real- und Idealkonkurrenz im materiellen Recht, nachdem schon der Entwurf eines allgemein deutschen Strafgesetzbuches von 1927 einen Unterschied in der Behandlung der Ideal- und Realkonkurrenz nicht kannte. Demgemäß ergibt sich auch für die §§ 265 ff. StPO. die Notwendigkeit einer Aenderung. Sie war folgendermaßen vorgesehen:

§ 265 Entwurf: „Wird der Angeklagte im Laufe der Verhandlung noch einer anderen Rechtsverletzung als derjenigen beschuldigt, wegen der die Anklage wider ihn erhoben ist, so ist ihm, sofern das Gericht nicht seine Unzuständigkeit nach § 270 Abs. I ausspricht, unter Hinweis auf die gesetzlichen Merkmale und das anzuwendende Strafgesetz Gelegenheit zur Verteidigung zu geben."

§ 264 StPO. wurde beibehalten. Die Vorschrift des § 266 StPO. wird natürlich durch die getroffene Regelung gegenstandslos. Dieser Entwurf war also für die Bestimmung der Identität im Verhältnis von Anklage und Urteil von größter Bedeutung, jedoch nur für Real- und Idealkonkurrenz. Für das fortgesetzte und Kollektivdelikt würde das Problem der Identität der Tat weiterbestehen. Bezüglich der Rechtskraft der Urteile bringt der Entwurf keine neuen Vorschläge. Er enthält nur eine Regelung für die Rechtskraft der Strafbefehle und Strafverfügungen.